Das
Recht am eigenen Körper;

insbesondere seine Gestaltung bezüglich der Bestandteile, die vom Körper getrennt werden.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Koppe

aus Elberfeld.

Referendar am Königl. Amtsgericht zu Langenberg.

Approbiert am 20. November 1906.

Elberfeld,
Ewald Dick, Buchdruckerei.
1907.

107

Referent: Univ.-Professor **Dr. Oertmann.**
Korreferent: Univ.-Professor **Dr. Allfeld.**

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

I. Teil: Die Rechtslage vor der Trennung.

1. Abschnitt: Existenz eines Rechtes am eigenen Körper.

2. Abschnitt: Klassifikation des Rechtes am eigenen Körper.

A. Die alte sachenrechtliche Auffassung.

B. Die heutige Auffassung.

II. Teil: Die Rechtslage nach der Trennung.

1. Abschnitt: Vorfragen.

2. Abschnitt: Trennung ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten.

A. Stand der Frage.

B. Eigene Stellungnahme.

3. Abschnitt: Trennung mit dem Willen des Berechtigten.

A. Rechtsgeschäfte.

B. Sonstige Rechtshandlungen.

4. Abschnitt: Trennung gegen den Willen des Berechtigten.

A. Zivilrechtliche Folgen.

B. Strafrechtliche Folgen.

Anhang: Das Recht an künstlichen Bestandteilen und Ergänzungen des Körpers.

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Ph., Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901, München 1902.

Beker, J., System des heutigen Pandektenrechtes. Bd. I. 1886.

Binding, K., Handbuch des Strafrechtes. Bd. I. 1885.

Binding, K., Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes. Bes. Teil. Bd. I. 2. A. 1902.

Birkmeyer, K., Kollegienheft über das deutsche Strafrecht. München 1904.

Cosack, K., Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. I. 3. A. 1900.

Cramer, E., Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Civil- und Strafrecht. Zürich 1885.

Crome, C., System des deutschen bürgerlichen Rechtes. Bd. I. 1900.

Dernburg, H., Pandekten. Bd. I. 7. A. 1902.

Dernburg, H., Das bürgerliche Recht. Bd. III. 3. A. 1904.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I. 8. A. 1904.

Endemann, F., Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. Berlin 1893.

Enneccerus, L., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I. 3. A. 1904.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch mit Anmerkungen. 4. A. 1900.

Frank, R., Das Strafgesetzbuch. 4. A. 1903.

Gareis, K., Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes. Archiv für deutsches Handelsrecht. Bd. 35, S. 185 ff.

Gareis, K., Das Recht am menschlichen Körper. Sonderabdruck aus der Festgabe der Königsberger juristischen Fakultät für Theodor Schirmer. Königsberg 1900.

Gareis, K., Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 70. Jahrg. 1905, No. 11, S. 308 ff.

Gierke, O., Deutsches Privatrecht. Bd I. 1895. Bd. II. 1905.

Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Heidelberg 1906.

Goldschmidt, L., Handbuch des Handelsrechtes. Bd. II. 2. A. 1883.

Heilfron, E., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I. 3. A. 1904.

Hellmann, F., Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch. Allgem. Teil. Freiburg 1897.

Hilse, B., Die Vergütung für Modellstehen. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 70. Jahrg. 1905. No. 21, S. 597 ff.

Hölder, E., Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes. Erlangen 1881.

Hölder, E., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I.

Ihering, R. v., Geist des römischen Rechtes 3. Teil. 4. A. 1888.

Josef, E., Das Recht am Leichnam. Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern. 1. Jahrg. 1905. No. 5, S. 122 ff.

Koch, C. F., Kommentar zum Allgemeinen Landrecht. Bd. I. 8. A. 1884.

Kohler, J., Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz. Würzburg 1883.

Kohler, J., Studien aus dem Strafrecht. I. Mannheim 1890

Kohler, J., Einführung in die Rechtswissenschaft. 1902.

Kohler, J., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I. 1904.

Kohler, J., Persönlichkeitsverletzungen. Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis. 24. Jahrg. 1906. 8. Heft.

Kramer, A., Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper. Berliner Diss. 1887.

Kuhlenbeck, L., Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 1899.

Kuhlenbeck, L., Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 2. A. 1902.

Landsberg, E., Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. 1904.

Liszt, F. v., Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 13. A. 1903.

Matthiass, L., Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. I 1900.

Müller-Meikel, Bürgerliches Recht. Bd. I. 2. A. 1904.

Merkel, E., Die rechtliche Natur des menschlichen Leichnams. Sächs. Archiv für deutsches bürgerliches Recht. Bd. 14. 1904, Heft 11-12, S. 677 ff.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 6. A. 1907.

Mittelstein, M., Mensch und Leichnam als Rechtsobjekt. Goltdammers Archiv für Strafrecht. Bd. 34, 1886, S. 172 ff.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechtes, Bd. I-IV, 1904-1906.

Nord, W., Über Auslegung der Gesetze und über Analogie. Rostocker Diss. 1902.

Oertmann, P., Der Dinglichkeitsbegriff. Dogmat. Jahrbücher, Bd. 31, 1891, S. 415 ff.

Oertmann, P., Bayerisches Landesprivatrecht. 1. Abt. 1903.

Oertmann, P., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche. Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. A. 1906.

Olshausen, J., Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. II. 7. A. 1906.

Planck, G., Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. I. 3. A. 1903.

Puchta, G. F., Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz? — Beantwortet durch eine Klassifikation der Rechte überhaupt. Rhein. Museum III, S. 289 ff.

Rausnitz, J., Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie. Recht, 7. Jahrg. 1903. No. 24, S. 593 ff.

Regelsberger, F., Pandekten. Bd. I, 1893.

Rehbein, H., Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I, 1899.

Rüdorff, H., Strafgesetzbuch. 21. A. 1903.

Sandheim, Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden? Recht, 9. Jahrg. 1905, S. 43 f.

Schultheis, R., Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben. Hallische Diss. 1888.

Schwerin, F. v., Das Recht am Leichnam. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 70. Jahrg. 1905. No. 23, S. 653 ff.

Staudinger, J. v., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. 2. A. 1904.

Stobbe, O., Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. I, 3. A. 1893.

Strykii, L., Dissertationum Francofurtensium Vol. II, Diss. XV, de jure hominis in se ipsum. Francofurti 1743.

Vangerow., K. A. v., Über die Latini Juniani. Eine rechtsgeschichtliche Abhandlung. Marburg 1833.

Weyl, R., Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 1898.

Windscheid, B, Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. I. 8. A. 1900.

Zitelmann, E., Ausschluss der Widerrechtlichkeit. Archiv für die zivilistische Praxis. 99. Bd. 1. Heft. 1906.

Einleitung.

Im vergangenen Winter ereignete sich in der Reichshauptstadt der vielbesprochene Fall, daß ein junger Mensch sich an Mädchen heranschlich und ihnen unversehens den Zopf abschnitt; der Zweck seiner Handlung war nicht eine finanzielle Vermögensbereicherung, denn er versilberte die erbeuteten Objekte nicht etwa, sondern legte nur eine „Sammlung" derselben an.

Gegen den Täter wurde seitens der Staatsanwaltschaft Anklage erhoben, zu einem Urteil in der Sache kam es jedoch nicht, da die Unzurechnungsfähigkeit des Täters bei Begehung der Tat festgestellt wurde.

Der alte Streit um das typische Schulbeispiel wird also wohl seinen Fortgang nehmen, zur Betrübnis aller derer, denen eine oberstrichterliche Entscheidung, — im Zweifel wäre gegen das Urteil der Strafkammer ja wohl Revision eingelegt worden, — das Ende der ganzen Kontroverse bedeutet hätte.

Wenn aber auch, — vielleicht nicht ganz mit Unrecht, — der in den Strafrechtskommentaren regelmäßig ventilierten Frage nach der juristischen Qualifikation des „Zopfabschneidens" mehr akademischer als praktischer Wert mitunter beigelegt worden ist,

so dürfen wir doch nicht verkennen, daß eine Beantwortung der Grundfragen, von denen der ganze Streit ausgeht, keineswegs eine bloße juristische Spielerei bedeutet, sondern, wie wir noch sehen werden, auch von praktischem Werte sein wird.

Der Ausgangspunkt liegt allerdings nicht, wie es zunächst den Anschein gewinnt, auf dem Gebiete des Strafrechts; die Basis, auf der der Strafrichter weiterbauen muß, ist vielmehr das Zivilrecht. Es sei hier nur auf Fragen, wie diejenigen, wem der vom Körper getrennte Bestandteil zu eigen gehöre, ob er überhaupt in jemandes Eigentum stehe und nicht etwa herrenlos sei, hingewiesen, und man wird einsehen, daß die zivilrechtliche Betrachtung notwendig der strafrechtlichen die Wege ebnen muß.

Das vorliegende Thema behandelt nun in allgemeinerer Form den Fall, daß ein Körperteil, sei es mit oder gegen den Willen seines Trägers, vom Körper getrennt wird. Hierbei soll jedoch noch eine Einschränkung gemacht werden: die Zahl der in diesem Falle auftauchenden Rechtsfragen ist eine so große, daß wir uns begnügen müssen, bei der Behandlung unserer Frage den Gesichtspunkt des berechtigten Subjekts in den Vordergrund zu stellen und nur die hieran sich unmittelbar anschließenden Fragen einer juristischen Würdigung zu unterziehen. Wir kommen damit zu der im aufgestellten Thema enthaltenen Frage: „Wie gestaltet sich das Recht am eigenen Körper bezüglich der Bestandteile, die vom Körper getrennt werden?“

Bevor wir an die Beantwortung der Hauptfrage herantreten, müssen wir aber die Rechtslage vor der Trennung des Bestandteils vom Körper feststellen (I. Teil), und zwar im einzelnen, ob überhaupt ein „Recht am eigenen Körper“ existiert (1. Abschnitt) und sodann, wie es sich klassifizieren läßt (2. Abschnitt). Erst nach Beantwortung dieser Fragen können wir weitergehen und untersuchen, ob und welchen Veränderungen das gefundene Recht in Bezug auf „Trennstücke“ unterliegt (II. Teil). Die Trennung vom Körper kann wieder sein eine rechtsgleichgültige, rechtsgültige oder rechtswidrige, oder besser, sie kann vor sich gehen ohne Rücksicht auf den Willen (2. Abschnitt), mit dem Willen (3. Abschnitt) oder gegen den Willen (4. Abschnitt) des Körperherrn. Im letztgenannten Falle werden sowohl die zivilrechtlichen (A), als auch die strafrechtlichen (B) Folgen kurz zu skizzieren sein.

Die Literatur, die für unser so umgrenztes Gebiet in Betracht kommt, ist nicht sehr zahlreich. Die meisten Lehrbücher und Kommentare begnügen sich damit, mit einigen Worten bloße facta zu konstatieren, ohne die in ihnen aufgestellten Behauptungen näher zu begründen. Außerdem ist unsere Frage noch mitunter „nebenher“ in den etwas zahlreicheren Abhandlungen über das „Recht am Leichnam“ gewürdigt. Auf den ersten Blick scheint ja ein Zusammenhang beider Fragen zu bestehen. Der getrennte, nicht mehr mit dem Körper organisch verbundene Teil ist ja auch „tot“, dort liegt eben ein „Totalverlust“, hier ein

partieller Verlust vor. Allein es mag genügen, nur auf den einen großen Unterschied hinzuweisen: beim Leichnam existiert das bisherige berechtigte Subjekt nicht mehr, während beim abgetrennten Körperteil daneben noch die Persönlichkeit des Körperherrn fortbesteht. Daß sich hieraus weittragende Unterschiede in der juristischen Behandlung ergeben werden, liegt auf der Hand. Wir müssen es uns deshalb versagen, auf das besondere Leichenrecht, das zudem noch stark von öffentlichrechtlichen Normen durchsetzt ist, näher einzugehen und werden nur, wo es die Beantwortung unseres Themas erheischt, die entsprechenden Parallelen ziehen. —

I. Teil:

Die Rechtslage vor der Trennung.

1. Abschnitt:

Existenz eines Rechtes am eigenen Körper.

Wenn die Antwort Schillers auf sein bekanntes Distichon:

„Jahre lang schon bedien' ich mich
meiner Nase zum Riechen:
Hab' ich denn wirklich an sie
auch ein erweisliches Recht?"

richtig wäre, wenn nämlich das Recht an der eigenen Nase darin bestände, daß wir riechen dürfen, so wäre die Ironie dieser Verse, mit der er die Manier gewisser zeitgenössischer Juristen geißeln will, vollkommen am Platze; aber dem ist nicht so! „Es versteht sich ja von selbst, daß die Nase uns nicht entgegentreten kann und daß wir ihr weder recht noch unrecht tun können."[1]) Das Recht an der eigenen Nase besteht vielmehr darin, daß wir in unserm Gebrauch der Nase gegen Eingriffe anderer geschützt sind.

Als Objekte der Rechte kommen nach unserer Rechtsordnung in Betracht einerseits Sachen [und

[1]) Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft. § 16, S. 29.

Rechte[1])], andererseits Personen. Was die Personen insbesondere als Rechtsobjekte anbelangt, so kommen zunächst in Betracht die Personen außer uns, außer der eigenen Person. Zwar vertritt eine Reihe von Schriftstellern den Standpunkt, daß der Mensch in unserer Rechtsordnung stets nur als Rechtssubjekt auftrete; in den Fällen, wo von einem Rechtsobjekt gesprochen werde, wie z. B. im Familien- und Obligationenrecht[2]), z. T. auch im Recht der Korporationen, handele es sich um nichts anderes als ein verpflichtetes Rechtssubjekt[3]). In Wirklichkeit dreht man sich in einem Zirkel ohne Ende, denn ebensogut wie man vom Standpunkte des berechtigten Subjektes aus sagen kann, die fremde Person sei Objekt eines Rechtes, ebensogut kann man von letzterer stets behaupten, sie sei in genau demselben Umfange Subjekt einer Pflicht. — Doch das nur nebenbei! Die Frage, die uns hier interessiert, ist ja die, ob auch die eigene Person als Rechtsobjekt in Betracht kommen

[1]) Ob auch ein Recht wieder Gegenstand eines Rechtes sein kann, ist sehr bestritten; näheres hierüber und die einschlägige Literatur u. a. bei Enneccerus. Lehrb. I, § 38, Anm. 5. Desgl. ist die Unmittelbarkeit der Herrschaft über eine Sache kontrovers; abweichender Meinung z. B. Oertmann, Der Dinglichkeitsbegriff, Dogmat. Jahrb., Bd 31, S. 415 ff. — Näher hierauf einzugehen, würde aus dem Rahmen des gestellten Themas entfallen.

[2]) Für das Recht der Forderungen vergl. insbesondere Beker, Pand. I, § 25, Beil. II.

[3]) So Rehbein, Bürgerl Gesetzb. I, S. 73; Merkel, Die rechtliche Natur des menschl. Leichnams, Sächs. Archiv für bürgerl. R., Bd. 14, S. 627 ff.; Rausnitz, D. R. am menschl. Leichnam, „Recht", 7. Jahrg., No. 24, S. 593 ff.

kann und auch im positiven Recht in Betracht kommt. Dies dürfte füglich als der Fall anzusehen sein, wenn sich nachweisen läßt, daß einerseits negativ die Existenz eines solchen Rechtes unserer Rechtsordnung nicht widerspricht und andererseits positive Sätze in unserem Rechte sich finden, die auf das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes an der eigenen Person, am eigenen Körper schließen lassen.

Was den ersten Punkt betrifft, so können wir uns damit begnügen, aus der großen Zahl der Definitionen, die uns den Grund des Rechtes angeben, nur zwei herauszunehmen, und zwar diejenigen der beiden großen Antipoden auf diesem Gebiete: Iherings und Windscheids. Während jener in seinem „Geist des römischen Rechts" (III. § 60-61) das Recht als „das durch Klage geschützte Interesse" definiert, umschreibt dieser in seinen Pandekten (I, § 31, 2) das Wesen des Rechtes als „eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft". Um auf die von Windscheid gegebene Definition zuerst einzugehen, so läßt sich damit ein Recht an der eigenen Person sehr wohl in Einklang bringen; denn die Rechtsordnung kann den Willen des Berechtigten „in derselben Weise für maßgebend für die eigene Person erklären, wie sie in der Verleihung eines dinglichen Rechtes den Willen des Berechtigten für maßgebend für eine Sache erklärt hat". [1])

Ebenso selbstverständlich habe ich im Sinne der von Ihering gegebenen Definition ein Interesse daran,

[1]) **Windscheid, Pand. I, § 40.**

meine leiblichen und geistigen Fähigkeiten und Kräfte ungehindert entfalten zu können.

Dies bloße Interesse wird aber erst dann zu einem subjektiven Rechte ausgewachsen sein, wenn es nachweislich auch durch die Rechtsordnung sanktioniert ist, d. h., insbesondere bei seiner Verletzung dem Berechtigten eine Klage gegen den Störer gegeben wird. Sehen wir uns nun daraufhin unsere Rechtsordnung an, so müssen wir zu der Überzeugung kommen, daß hier allerdings von jedem Dritten verlangt wird, daß er meine körperliche Integrität anerkennt und sich jeden Eingriffes in dieselbe enthält. Handelt er diesem Verbote entgegen, verletzt er beispielsweise meinen Körper, so sprechen wir von einer Rechtsverletzung; welches Recht ist aber verletzt? — „offenbar nicht bloß das öffentliche Recht, das Strafrecht, jedenfalls vielmehr auch die Privatrechtssphäre des Beschädigten, ein Stück daraus, ein subjektives Recht." „Ein Sein, was anerkannt werden muß, was nicht verletzt werden darf, dem also eine Pflicht entspricht, ist ein Recht, sonst wäre seine Verletzung kein Unrecht."[1] Auf dem Gebiete des Zivilrechts finden wir denn auch dieselbe Reaktion gegen widerrechtliche Eingriffe in dieses Recht. Abgesehen von dem äußerst bestrittenen § 823 Abs. 1 B. G.-B. (vgl. unten), sei hier nur hingewiesen auf die Anerkennung eines Ersatzanspruches bei immateriellem

[1]) Gareis, Das jurist. Wesen der Autorrechte, Archiv für deutsches Handelsrecht, Bd. 35, S. 194 (im folgenden zitiert Gareis, Autor-R.).

Schaden (§ 847 B. G.-B.); allgemein anerkannt ist ferner das Recht auf den Namen (§ 12 B. G.-B.), endlich ist bezüglich des richterlichen Moderationsrechtes bei einer Konventionalstrafe jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht nur sein Vermögensinteresse, zu berücksichtigen.[1]) (§ 343 B. G.-B.)

Wenn nun auch mit Recht gesagt wird, es sollte selbstverständlich sein, daß „der Mensch als Rechtssubjekt mit seiner eigenen Persönlichkeit, insbesondere mit seiner Körperlichkeit, in rechtlicher Beziehung steht",[2]) so ist gleichwohl die oben geführte Argumentation nicht unbestritten geblieben.

In Sonderheit hat man dagegen ins Feld geführt, es handele sich im gegebenen Falle keineswegs um subjektive Rechte, sondern um bloße Rechts- oder Lebensgüter, um „wesentliche Eigenschaften der physischen Persönlichkeit"[3]). Binding[4]) definiert dabei als „Rechtsgut" alles, was in den Augen des Gesetzgebers für die Rechtsordnung von Wert ist, dessen ungestörte Erhaltung er deshalb durch Normen sicherstellen muß. Hiernach sind viele Rechtsgüter absolut untaugliche Objekte subjektiver Rechte, so insbesondere das Recht auf oder an der Körperintegrität. Da

[1]) Oertmann, R. der Schuldverh. § 343, [2].

[2]) Kohler, Einführung § 16; Staudinger, Bürgerl. Gesetzb. I, § 90, 2 a.

[3]) Vgl. insbes. Binding Handb. d. Strafr. I, S. 169 u. 719; Oertmann, Dogmat. Jahrb., Bd. 31, S. 434 ff.; Enneccerus, Lehrb. I, § 39 I, S. 98.

[4]) Handbuch, S. 169. Dagegen u. a. Kramer, Über d. R. in Bezug auf d. menschl. Körper, S. 17.

Binding von einer näheren Begründung seines Standpunktes oder einer Widerlegung der gegnerischen Meinung absieht, können wir uns auch ein weiteres Eingehen hierauf ersparen. Wenn ferner Oertmann zu dem gleichen Resultat kommt [1]), so ist das im letzten Grunde daraus zu erklären, daß das subjektive Recht nach ihm niemals Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck ist.

Oertmann hält auch in Übereinstimmung mit Enneccerus [2]) ein besonderes Bedürfnis nach solchen Rechten überhaupt für überflüssig, „der Rechtschutz wird den Geschützten auch ohne ihr Zutun, gewissermaßen über ihren Kopf hinweg zu teil“ [3]).

Also geschützt soll der Mensch sein in seiner körperlichen Integrität, aber ein Recht auf diesen Schutz soll er nicht haben? —

Von vornherein sei allerdings eine kleine Ungenauigkeit berichtigt: wenn man kurzer Hand das Leben, die Gesundheit usw. als Recht bezeichnet, so ist das unrichtig, denn das Leben an sich ist allerdings kein subjektives Recht, sondern ein Rechtsgut, aber in dem Sinne, daß es das Substrat, das Objekt eines subjektiven Rechtes ist. Demnach dürfte in der Kürze des sprachlichen Ausdruckes kein allzugroßes Vergehen liegen. Haben wir es nicht von jeher mit einer ganz ähnlichen Verwechselung bei dem

---

[1]) **Dogmat. Jahrb., Bd. 31, S. 434.**

[2]) **Enneccerus, Lehrb. I, § 39 I, S. 98; vgl. auch Kipp bei Windscheid, Pand. I, § 40, S. 147.**

[3]) **Oertmann, a. a. O. S. 442.**

vornehmsten Recht zu tun, dem Eigentum! Wie oft sprechen wir nicht hier schlechthin von der Belastung und Übertragung z. B. des Grundstückes oder des sonstigen Objektes des Eigentums, während zweifellos genau genommen, das Herrschaftsrecht darüber, das Eigentum gemeint ist.

Aber noch ein weiteres stimmt unsere Gegner bedenklich, denn wenn sie auch eine Macht des umschriebenen Inhaltes als zweifellos vorhanden und durch Strafdrohungen geschützt ansehn [1]), „suchen sie doch vergeblich nach einer Rechtsvorschrift, welche diese Macht, sei es durch Anwendung von Grundsätzen über Entstehung und Untergang der Rechte, sei es durch Gewährung einer Zivilklage, als subjektives Recht kennzeichnet“ [2]). Nach Oertmann [3]) wäre die Zubilligung eines Rechtes nichts als eine „Farce“, solange weder die Entstehung noch die Aufhebung desselben vom Willen des Berechtigten abhängt. Mit nichten! Ein besonderer Erwerbsakt ist sogar naturnotwendig ausgeschlossen; die Berechtigung des Menschen an seine eigene Körperlichkeit entsteht eben zugleich mit dem Menschen: „von selbst kraft seines Daseins ist er an sich selbst berechtigt“ [4]).

Aber auch der Einwand, das Zivilrecht umschreibe den Inhalt dieser bloß konstruktiven Rechte nicht näher, dürfte nicht zutreffen (vgl. z. B. § 824 und

---

1) Enneccerus Lehrb. I, § 39 I, S. 98.
2) Enneccerus a. a. O.
3) a. a. O. S. 442.
4) vgl. Kohler, Einführung § 16.

§ 826 B. G.-B.) [1]). Richtig ist allerdings, daß die eigentliche sedes materiae nicht das Zivilrecht, sondern das Straf- und Polizeirecht ist. Aber läßt sich hieraus auch nur irgend etwas g e g e n die geführte Konstruktion entnehmen? — Bei Verletzung eines solchen „Rechts"-gutes „ohne entsprechendes Recht" wird die von der Rechtsordnung gegebene Zivilklage (§ 823 Abs. 1) [2]) denn dahin ausgelegt, daß es sich um ein von der Rechtsordnung sanktioniertes „selbständiges" Schuldverhältnis handele, das sich eben infolge des Deliktes herausbilde [3]).

Demgegenüber müssen wir aber an der Meinung festhalten, daß, wenn das Recht jemandem eine Schadenersatzberechtigung wegen Verletzung eines Rechtsgutes gibt, es demselben damit eben ein subjektives Recht an jenem Rechtsgute einräumt, und zwar auch für die Zeit v o r der Verletzung! [4])

[1]) Ebenso Landsberg, Bürgerl. Gesetzb. I. S. 64; vgl. auch Gareis, Autor-R., S. 184 ff.; eine weitere reichsgesetzl. Anerkennung des Rechtes auf Leib und Leben findet Gareis (l. c S. 209) in den auf Grund des Haftpflichtges. von 1871 gegebenen Klagen, die keineswegs etwa den Charakter von Deliktsklagen tragen.

[2]) näheres unten!

[3]) Endemann, Lehrb. I, § 200, 3b, S. 1262, kommt konsequenterweise zu dem Schlusse, dass die gen. Lebensgüter nur strafrechtlich, nicht zivilrechtlich geschützt sind. —

[4]) vgl. hierzu noch Ihering, Geist d. r. R. III, § 60 u. 61; Regelsberger, Pand. I, 198; Gierke, D. Pr. R. I, 705, [10].

2. Abschnitt:

Klassifikation des Rechtes am eigenen Körper.

A. Die alte sachenrechtliche Auffassung.

Wie wir im vorigen Abschnitt dargelegt haben, kann die eigene Persönlichkeit als Rechtsobjekt in Betracht kommen und zwar sowohl hinsichtlich der geistigen als auch der hier besonders interessierenden körperlichen Existenz. Wenn nun der menschliche Körper als Rechtsobjekt überhaupt in Frage kommt, so liegt es nahe, ihn derjenigen Spezies von Rechtsobjekten zuzurechnen, die den Hauptinhalt der Rechtsobjekte ausmachen: den Sachen. Damit ist auch zugleich ein weiterer Schritt getan, und das fragliche Herrschaftsrecht über den Körper qualifiziert sich ganz von selbst als das umfassendste Recht an Sachen: das Eigentum. Schauen wir uns in der Rechtsgeschichte um, so finden wir denn auch diese „sachenrechtliche Auffassung" in ältester Zeit durchweg vertreten. Wir brauchen nicht erst noch an den einer jüngeren Zeit entstammenden Shylok-Vertrag des „Kaufmanns von Venedig" zu erinnern; finden wir doch eine ganz ähnliche Stelle bereits in den XII Tafeln in dem bekannten Satze: partis secanto, si plus minusve secuerunt, se fraude esto! Nur der Unterschied, daß hier der Schuldner das Nachsehn hat, wenn die Gläubiger „mehr oder weniger" wegschneiden [1]). Überhaupt ist

[1]) Über die Polemik gegen diese Auslegung des Satzes vgl. Kohler, Shakespeare vor d. Forum d. Jurisprudenz und die dort angegebene Literatur.

es regelmäßig der insolvente Schuldner, der „allen Übeln der Sachqualität ausgesetzt wird“ [1]).

Auch die Anfänge des germanischen Rechtes zeugen von dieser Auffaßung. Genügsam bekannt ist die Schilderung des Tacitus [2]), wonach die Germanen auf den letzten Wurf Freiheit und Körper setzten (cum omnia defecerunt, extremo ac novissimo jactu de libertate ac de corpore contendunt). Ferner finden wir einen getreulichen Spiegel dieser rechtlichen Beurteilung in den altgermanischen Götter- und Heldenliedern. So wird in der bekannten Sage von den Heimonskindern der Kopf als Preis eines Schachspieles eingesetzt, auch in der Edda [3]) und dem Nibelungenliede [4]) finden wir ähnliche Fälle berichtet, wo ebenfalls von der einen Seite der Körper oder eins seiner Glieder verwettet oder verpfändet wird. Weiter gehört hierher die Obnoxation des fränkischen Rechtes, ein Akt der Selbstverpfändung, wie überhaupt die Verpfändung des eigenen Körpers, insbesondere zum Nutzpfand, den immer wiederkehrenden Bestandteil bildete von sogenannten Freiheits- oder Lebensklauseln, die in die Verträge der damaligen Zeit aufgenommen wurden. Erst später emanzipierte sich das Volksbewußtsein von der artigen sachenrechtlichen Verfügungen über den eigenen Körper und schränkte den Mißbrauch wenigstens dadurch etwas ein, daß es für die Gültigkeit

[1]) Kohler, Shakespeare, S. 18.

[2]) cap. 24, Germ.

[3]) Jüngere Edda, c. 61 u. 15, ältere Edda I, 22 u. s. w. (Simrock'sche Ausgabe).

[4]) Nibelungenlied, Strophe 914. Lachmannsche Ausgabe).

derartiger Verträge Abschluß vor dem Richter verlangte. So enthielt noch die Reichspolizeiordnung von 1577 Einschränkungen und Verbote ähnlicher Art.[1]) Erst ganz allmählich wurde diese Anschauung verdrängt, und ein Umschwung der sittlichen Anschauungen trat ein, der mit einer derartigen, Mensch und Naturwesen gleichstellenden, Auffassung endgültig brach. Als in eine solche Zeit des Überganges hineinfallend, müssen wir uns auch den Shylok-Vertrag denken: wie Kohler mit geistreicher Feder ausführt, ist das Urteil der Porzia zwar gut, aber die Gründe sind schlecht, sind weiter nichts als Sophisterei. Der Richter fühlt eben die Stimme der Sittlichkeit bereits in seinem Innern, aber er weiß sie noch nicht in die entsprechenden juristischen Formen umzugießen und greift so notgedrungen zu schlechten Scheingründen[2]).

Dies ist aber auch eins der letzten Zeugnisse einer derartigen Anschauung; endgültig scheint jetzt diese Auffassung zu Grabe getragen zu sein, bis sie im vorigen Jahrhundert, allerdings in veränderter Gestalt, ihre Auferstehung feierte. Kein geringerer als Vangerow war es, der die Lehre vom Eigentum

[1]) Hierüber und über das Vorhergehende Ausführlicheres bei Kohler, Shakespeare. Weitere Beispiele ferner bei Gareis, Autor-R., S. 189.

[2]) Denn dass bei einer solchen Operation auch Blut vergossen werden muss, ist selbstverständlich; desgl. reicht die menschliche Kunst nicht soweit, um eine gewisse Fehlergrenze nicht zu überschreiten — Über eine andere Auffassung des Shylok-Vertrages vgl. u. a. Ihering, Kampf ums Recht. (I. beurteilt den Vertrag vom Standpunkt des heutigen Juristen aus.)

am eigenen Körper auf den Schild erhob [1]). Den Ausgangspunkt seiner Argumentation bildet die römisch-rechtliche Auffassung der Freiheit. Der Sklave steht nach römischem Recht in fremdem Eigentum; der natürliche Gegensatz hierzu sei also, der freie Mensch habe sich selbst im Eigentum. Einen Beweis hierfür liefere auch der Umstand, daß im römischen Recht die Freiheit mit einer vindicatio verfolgt werde, und Gegenstand dieser Klage könne doch wohl nur der Körper sein. Selbst der bekannte Ausspruch Ulpians: nemo dominus membrorum suorum videtur [2]), stehe dem nicht entgegen, denn er besage weiter nichts, als die Worte des dritten Kapitels der lex Aquilia fänden auf die Verletzung des menschlichen Körpers keine Anwendung, m. a. W. nicht die actio legis Aguiliae directa, sondern eine actio utilis sei dem verletzten Körperherrn gegeben [3]). Die actio directa steht nur dem Eigentümer von „Sachen im gewöhnlichen Sinne" zu, „und dazu gehört denn freilich nicht das Eigentum des freien Mannes über seinen Körper!"

Abgesehen davon, daß Vangerow keinerlei juristische Quellen für seine gewagte Konstruktion bringen kann, — nur einige Stellen antiker Dichter dienen ihm als Belege, - ist auch die von ihm gemachte Unterscheidung von Eigentum im gewöhnlichen Sinne und

[1]) vgl. insbesondere sein Werk „Über die Latini Juniani", S. 67 ff.

[2]) l. 13 pr. D. ad. leg. Aquil. 9, 2.

[3]) Die betr. Stelle lautet vollständig; „liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem, directam, enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur!

Eigentum des Menschen an seinem Körper in der Geschichte gänzlich unbegründet und unhaltbar. Außerdem bildete das Substrat des Freiheitsprozesses nicht der eigene Körper, denn sonst hätte, wie Schultheis [1]) ausführt, der freie Mensch dazu keines assertor in libertatem bedurft. „Gegenstand des Streites war vielmehr seine ganze Persönlichkeit, seine Rechtsfähigkeit, deren Existenz oder Nichtexistenz durch den Freiheitsprozeß entschieden wurde“ [2]). — Daß Vangerow nur eine Analogisierung bieten wollte, wie Gareis [3]) meint, und die Heranziehung des Eigentumsbegriffes nicht wörtlich gemeint sei, halten wir für sehr fraglich.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Ihering ein, wenn er ein Sachenrecht am eigenen Haar konstruiert [4]), zwar stehen meine Haare nicht in meinem Eigentum, diese Rechtsform paßt nicht, aber eine andere Art des „Gehörens“ liegt vor! — Auch diese Ansicht erledigt sich aus demselben Grunde wie die vorige; eine derartige Unterscheidung kannte und kennt das Recht nicht.

Ebenso halten wir es für überflüssig und unfruchtbar, wenn Kuhlenbeck [5]) neuerdings dem Menschen

[1]) Schultheis, über die Möglichkeit von Privatrechtverh. am menschlichen Leichnam und Teilen desselben, S. 6 f.

[2]) Schultheis, a. a. O., S. 6; vgl. weiter noch Kramer, a. a. O., S. 15; Mittelstein, Mensch und Leichnam als Rechtsobjekt, Goltdammers Archiv, Bd. 34. S. 172 ff.; Gareis, Autor-R. S. 189.

[3]) Gareis, das R. am menschl. Körper, Sonderabdruck aus der Festgabe für die Königsberger jurist. Fakultät zum Jubiläum Schirmers, (im folgenden zitiert Gareis, Festgabe), S. 11.

[4]) Geist des r. R. III, § 61, S. 362, No. 476.

[5]) Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. B. G.-B., II, 502.

Eigentum im weiteren, sprachlichen Sinn an seinem Körper zuspricht. Eigentum im weiteren (sprachlichen) Sinn ist darnach jede ausschließliche Beziehung meiner Person zu einem Rechte. — Eine solche Konstruktion brauchen wir aber nicht, sie wirkt im Gegenteil nur verwirrend.

B. Die heutige Auffassung.

Also von Eigentum am eigenen Körper kann heute nicht mehr die Rede sein und ebensowenig von einer „Sachqualität" des Körpers [1]). Wenn aber der Körper, wenigstens solange er lebt, keine Sache ist [2]), dann ist es mindestens ungenau, wenn ihn eine Reihe von Schriftstellern zu den res extra commercium oder extra patrimonium stellen [3]); ungenau deshalb eben, weil der Begriff der res nicht paßt. Abgesehen ferner davon, daß diese Unterscheidung rein doktrinär und

[1]) Wenn Weyl, Vorträge I, S. 181, „einzelne Teile des menschlichen Körpers als Gegenstände des Rechtsverkehrs, ja sogar als Sachen" in Betracht kommen lassen will, so ist das wohl nur unklar ausgedrückt. W. meint jedenfalls die vom Körper bereits getrennten Teile. Darüber weiter unten!

[2]) Auf die Frage, ob der tote Körper, der Leichnam eine Sache ist, kann hier nicht eingegangen werden. Die Frage ist äusserst bestr.; vgl. u. a. Schwerin, D. R. am Leichnam, Seufferts Bl. für R.-Anw. 70. Jahrg., 1905, No. 23, S. 653 ff.: Josef, D. R. am Leichnam, Zeitschr. für R.-Pfege in Bayern, 1 Jahrg., 1905, N. 5, 122 ff.; Merkel, D. rechtl. Natur d. menschl. Leichnams, Sächs. Arch., Bd. 14, 1904, S. 677 ff.; Kohler, Studien aus dem Straf-R., I; Sandheim, Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden? Recht. 9 Jahrg., 1905, S. 43 ff.

[3]) vgl. z. B. Dernburg, Pand. I, § 69, S. 159.; Crome, System I, § 68, S. 303.

schon dem römischen Rechte fremd ist [1]), kennt jedenfalls das bürgerliche Gesetzbuch diese Kategorie von Sachen nicht mehr [2]), grundsätzlich ist heute jeder Gegenstand als verkehrsfähig bzw. eigentumsfähig anzusehn [3]), und wenn er dem Verkehr aus besonderen Gründen, insbesondere aus Gründen des öffentlichen Rechtes, entzogen sein solte, so ist die Entziehung doch nur eine partielle [4]).

Also zu den extrakommerziellen Sachen gehört der Körper des Menschen jedenfalls nicht, er ist auch nicht analog zu behandeln [5]); damit haben wir aber nur negativ konstatiert, daß wir es mit einer „Nichtsache" zu tun haben [6]) (ebensowenig ist natürlich der

[1]) vgl. Cramer, d. Behandlung d. menschl. Leichnams in Zivil- und Straf-R., S. 28. Schultheis, a. a. O., S. 29.

[2]) A. M. Hellmann, Vorträge I, S. 32.

[3]) Ebenso Landsberg, Bürgerl. Gesetzb. I, § 43, S. 139; Schwerin, a. a. O., S. 662; Müller-Meikel, Bürgerl. R. I, § 36, S. 90; vgl. auch Motive III, 25 f.

[4]) So Dernburg, Pand. I, S. 159. Hingewiesen sei an dieser Stelle beispielsweise auf das Recht an Begräbnisstätten; nach röm. R. waren sie ganz ausserhalb des Verkehrs gestellt, kein Eigentum war an ihnen möglich; heute stehen sie im Eigentum der betr. kirchl. oder polit. Gemeinde, ev. sogar im Privateigentum, und der Verkehr mit ihnen ist nur erschwert, nicht ausgeschlossen; vgl. hierüber insbes. Gareis, Über R.-Verh. an Begräbnisstätten, Seufferts Bl. f. R.-Anw., 70 Jahrg., 1905, No. 11, S. 308 ff., Windscheid, Pand. I, S. 636 u. a.

[5]) Heilfron, Lehrb. I, § 19a, S. 261.

[6]) In e. andern Sinne spricht vom menschl. Körper als einer „Nichtsache" Cramer, a. a. O., S. 34 u. 43; er unterscheidet nach dem Vorgange Zrodlowskis (röm. Privat-R. II, § 45) Sachen im jurist. S. und Sachen im unjurist. S.; letztere sollen ein Gegenstand von R. sein können und keinen Vermögenswert haben; diese Unterscheidung hat man längst fallen gelassen; vgl. schon hiergegen Schultheis, a. a. O., S. 28 ff. —

Körper „Gegenstand" im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches). Sollen wir uns aber damit begnügen und etwa, wie Merkel es bezüglich des Leichnams tut[1]), kurzerhand den Körper des Menschen als „rechtlich unqualifizierbar" betrachten? —

Auf diesem bequemen Wege kämen wir aber nicht vorwärts, sondern rückwärts! — Das bürgerliche Gesetzbuch bietet uns auch hier die Handhabe zur richtigen Lösung, es kennt nur zwei Objekte von Rechten: Personen und Sachen: da der menschliche Körper nun nicht Sache ist, ergo ist er Person oder ein Stück der Person. Dies kommt auch in den mannigfachen Definitionen des Sachbegriffes klar zum Ausdruck: Enneccerus[2]) definiert die Sache als „Stück der unfreien Natur, das als selbständiges Rechtsobjekt anerkannt wird": oder noch deutlicher Hölder[3]): „Sache ist derjenige körperliche Gegenstand, der nicht Person ist!"

Eine andere Frage ist es und hiermit noch nicht entschieden, ob dem menschlichen Körper als Rechtsobjekt, als Person nicht Extrakommerzialqualität zukommt, oder, da dieser Ausdruck heute veraltet ist, ob er nicht gewissen rechtlichen Einschränkungen unterworfen ist. — Wenn das römische Recht die Ausdrücke res extra commercium und extra patrimonium geprägt hat, so braucht es sie keineswegs als gleichbedeutend nebeneinander. Extrakommerzial

[1]) A. a. O., S. 680.
[2]) Lehrb. I, § 114, S. 282.
[3]) Bürgerl. Gesetzb. I, S. 205, 2.

ist der Gegenstand, der nicht in Verkehr gebracht werden kann; extra patrimonium dagegen steht das Rechtsobjekt, an dem kein Eigentum möglich ist. Der letztgenannte Begriff geht also weiter, denn er schließt notwendigerweise auch die Verkehrsunfähigkeit in sich; dagegen kann eine Sache verkehrsunfähig oder in der Verkehrsfähigkeit beschränkt sein und doch in jemandes Eigentum stehn; das ist z. B. heute der Fall bei den Begräbnisstätten (s. o.).

Daneben finden wir in der neueren Literatur einen Begriff, der noch weiter geht und besagt, daß an dem betreffenden Rechtsobjekt überhaupt jedes Privatrecht ausgeschlossen sei; man spricht in diesem Falle von „Rechtsunfähigkeit". [1])

Was nun zunächst die Eigentumsunfähigkeit anbelangt, so haben wir in der Tat gesehen, daß von Eigentum am eigenen Körper oder Teilen desselben keine Rede ist und keine Rede sein kann. Also der Körper des Menschen ist eigentumsunfähig. –

Da es sich ferner für uns in erster Linie um das Recht am Körper handelt, nicht darum, ob er Gegenstand des Verkehrs sein kann, da ferner, wie erwähnt, die Extrakommerzialqualität nicht ausschließt, daß trotzdem ein Recht an dem in Frage kommenden Objekt besteht [2]), so können wir die Frage nach der Kommerzialität des menschlichen Körpers einstweilen übergehen und uns sogleich dem Begriffe der

[1]) Wir halten den Ausdruck für nicht sehr glücklich gewählt, da er bereits in anderer Bedeutung verbraucht ist.

[2]) vgl. hierüber insbes. Ihering, Geist d. r. R., III, S. 360.

„Rechtsfähigkeit" des Körpers zuwenden. Auch hier ist die Entscheidung bereits gegeben, und wenn Matthiass [1]) den Körper für rechtsunfähig erklärt, d. h. in dem Sinne, daß kein Privatrecht daran bestehen kann, so ist das verfehlt. Matthiass widerspricht sich auch selbst, denn an einer anderen Stelle [2]) gibt er ausdrücklich zu, daß ein subjektives Recht, ein Privatrecht existiert, das die eigene Individualität, den eigenen Körper zum Gegenstande hat. —

Wir kommen damit zu der heute allgemein angenommenen Ansicht, daß ein Recht an der eigenen Person, ein Recht am eigenen Körper existiert: der Körper selbst ist ein Stück der Person, keine Sache: er ist als solches zwar eigentumsunfähig, dagegen rechtsfähig in dem oben ausgeführten Sinn.

Wenn nun Kuhlenbeck den von uns abgelehnten Begriff eines Eigentums im weiteren, sprachlichen Sinne gleichwohl hier einführen will (s. o.), so ist ihm in einem Punkte beizustimmen: Das in Frage kommende Recht hat mit dem Eigentum das gemein, daß es eine ausschließliche Macht der Person repräsentiert. Wie wir bereits oben gesehen haben, richtet sich das Recht am eigenen Körper ebenfalls gegen jedermann, es verlangt von jedem Dritten, daß er es anerkenne und sich jedes rechtswidrigen Eingriffes in dasselbe enthalte. Damit ist unser Recht aber schon zugleich charakterisiert als absolutes Recht, wohl zu unterscheiden von der andern großen

[1]) Lehrb. I, § 38 A, S. 148.
[2]) Lehrb. I, § 17, II B, S. 66.

Gruppe der absoluten Rechte: den dinglichen Rechten. Denn während hier das Herrschaftsobjekt in der den Menschen umgebenden Außenwelt sich befindet, gehört dort das beherrschte Objekt der eigenen Persönlichkeitssphäre an.

Da unser Recht ferner die Macht verleiht, fremde Einwirkungen auf das in Frage kommende Rechtsobjekt, das ist die eigene Person, auszuschließen, so ist es den sogenannten Beherrschungs- oder Darfrechten zuzuzählen [1]). Weiter ist schon mehrfach hervorgehoben, daß wir es mit einem Privatrecht zu tun haben [2]): denn wenn auch die in Frage kommenden Rechtsgüter hauptsächlich durch das Strafrecht geschützt sind, so geben sie doch zugleich „einen im Wege des Zivilprozesses durchsetzbaren Anspruch gegen Jedermann auf Anerkennung und auf Unterlassung von Eingriffen und im Falle ihrer Verletzung auf Wiederherstellung oder Ersatz. Wo der staatliche Schutz versagt, tritt gerade zu ihrem Schutze das Recht der Selbsthülfe in vollem Maße in Kraft“ [3]).

[1]) Wir schliessen uns hiermit an die von Enneccerus („Rechtsgeschäft“ u. Lehrb. I, § 34 I, S. 88) bezw. Zitelmann (Int. Privat-R. I, S. 32) gegebene Einteilung der Rechte in Beherrschungsrechte, Ansprüche und Rechtsänderungsrechte bezw. Darf-, Soll- u. Kann-R. an; vgl. auch Landsberg, Bürgerl. Gesetzb. I, § 14 (Dürf-R.).

[2]) Lehmann bei Stobbe II, § 76, 4, sieht dagegen in ihm ein öffentl. R.; und Endemann, Die R.-Wirkungen d. Ablehnung einer Operation, S. 94 legt den Satz: nemo dominus u. s. w. dahin aus, dass mit Verfügungen über den menschl. Körper das Privatrecht nichts zu tun habe. Hiergegen Gareis, Festgabe, S. 5.

[3]) Gierke, D. Pr. R. I, 706.

Außerdem ist das Recht am eigenen Körper kein Vermögensrecht: der menschliche Körper repräsentiert keinen Vermögenswert im privatrechtlichen Sinne [1]). Es handelt sich vielmehr um ein höchstpersönliches Recht des Individiums, ein Recht, das sich also neben den Familienrechten unter den Oberbegriff der Personenrechte bringen läßt [2]) und zwar hier wieder unter die Kategorie der Persönlichkeitsrechte oder Individualrechte. Es ist gerichtet auf Betätigung der eigenen Persönlichkeit in einer bestimmten Richtung, nämlich in Bezug auf die körperliche oder leibliche, — im Gegensatz zur geistigen, — Existenz: das Individuelle im Menschen wird geschützt, er soll seine körperlichen Kräfte und Fähigkeiten ungehindert entfalten und ausnützen dürfen.

Die Kategorie der Persönlichkeitsrechte als solche ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich anerkannt, sie ist zweifellos ein „Gebilde der Rechtswissenschaft“ [3]): dennoch sanktioniert unser Gesetzbuch einzelne Wirkungen und Folgerungen dieser Rechte und gibt uns damit das Recht zu dieser Zusammenfassung. Auch ist die Geschichte der Persönlichkeitsrechte keineswegs

[1]) Nur eine scheinbare Ausnahme hiervon bilden die Versicherungsverträge über den eigenen Körper. Aber bei diesen Verträgen handelt es sich nicht um den lebenden Menschen als Gegenstand der Versicherung, sondern vielmehr um „die durch seine Existenz bedingten Vermögenswerte“: gegen deren Einbusse richtet sich die Versicherung: vgl. hierüber Cramer, a. a. O., S. 65 f.

[2]) vgl. Kohler, Einführung, S. 28, § 16, sowie Enneccerus, Lehrb. I, § 39 I, S. 98.

[3]) Gareis, Festgabe, S. 25.

erst jüngeren Datums; es ist namentlich das Verdienst von Gareis, auf die Anfänge dieser Rechte im römischen und germanischen Rechte hingewiesen zu haben.[1])

Über die alte sachenrechtliche Auffassung des Rechtes am eigenen Körper ist bereits oben gesprochen; sehr bald trat auch schon im römischen Recht ein Umschwung der sittlichen Anschauungen ein, der nicht zuließ, daß der freie Mensch über seinen Körper wie über ein Stück der unfreien Natur verfüge. Die auch bereits zitierte Stelle Ulpians spricht dies ganz klar und deutlich aus: nemo dominus membrorum suorum videtur! Niemand kann offensichtlich Eigentümer seiner Körperglieder sein! — Deshalb ist ihm bei Verletzung seiner körperlichen Integrität auch nicht die actio legis Aquiliae directa, sondern eine actio utilis gegeben. Der Körperherr genießt also analogen Eigentumsschutz; der römische Jurist fühlt, daß der Eigentumsbegriff nicht paßt, aber ihm fehlt es noch an der Bezeichnung des hier verletzten, dem Eigentum ähnelnden Rechtes. — Aber auch auf anderem Gebiete sehen wir im römischen Rechte das Recht der Persönlichkeit im Prinzip schon anerkannt. Dies gilt insbesondere, wie Gareis[2]) des längeren ausgeführt hat, von dem römisch-rechtlichen Begriffe der potestas sui und dem Anwendungsgebiete der

[1]) Namentlich in der schon mehrfach zitierten Festgabe für Schirmer: Das Recht am menschlichen Körper!

[2]) A. a. O.

actio injuriarum. Wie nämlich die potestas des Gewalthabers sich auf Sklaven und die sonstigen Mitglieder der römischrechtlichen familia erstreckt, so bezieht sich das Herrschaftsverhältnis in erster Linie auf die eigene Person; so definiert Ulpian in l. 4 D. de his qui sui vel alieni juris sunt 1, 16 gradezu: patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis! — (griechisch αἱ τοῖ Κύριος [1]). Die potestas ist auch nicht etwa mit dem dominium, dem Eigentum, identisch, wie schon deutlich daraus hervorgeht, daß beide Gewalten nebeneinander dem Herren am Sklaven zustehen. Eine weitere Anerkennung unseres Rechtes finden wir in dem Charakter der römischen actio injuriarum aestimatoria; dies zeigt sich namentlich in den Fällen, wo von einer Beleidigung im gewöhnlichen Sinne keine Rede sein kann, wo vielmehr ein „non jure factum begangen wird rein zur Verhöhnung eines Andern, nur um ihm zu zeigen, daß man ihn nicht für eine Persönlichkeit hält". Diese Rolle als Lückenbüßer bei Verletzung noch nicht erkannter oder anerkannter Persönlichkeitsrechte hat dann die actio injuriarum im gemeinen Rechte tapfer weitergespielt[2]).

Eine ganz ähnliche Entwicklung finden wir im altgermanischen Recht. Auch hier zunächst dem Eigentum analoger Schutz. Von den Beispielen, die Gareis[3])

---

[1]) vgl. z. B. Dionys-Halic lib. II, c, 27 bei Vangerow, Lat. Jun., S. 69, Gareis. Festgabe, S. 13.

[2]) vgl. Allfeld, Komm. zu d. Ges. v. 19. VI. 01., Einl. S. 22; Regelsberger, Pand. I, § 50 I.

[3]) Autor-R., S. 189.

mitteilt, sei das charakteristischste hier wiedergegeben: Wenn ein Fuhrmann durch Ungeschicklichkeit einen Menschen ums Leben bringt, so soll ihm augenblicklich eine eben so grosse Strafe als für einen Diebstahl zuerkannt werden! — Aber auch zur römischrechtlichen potestas sui finden wir im altdeutschen Rechte eine trotz mancher Verschiedenheiten entsprechende Parallele in dem Begriff der Selbstmuntschaft; selpmunt ist auch hier derjenige, der als freier Mann das Dispositionsrecht über den eigenen Körper hat. Es ist also grade das Recht am eigenen Körper, das in der Reihe der Persönlichkeitsrechte zuerst anerkannt wird. Dieses Dispositionsrecht trägt auch hier schon sehr bald nicht mehr den Charakter eines dinglichen Herrschaftsrechtes, eines Sachenrechtes: schon das Wiener Stadtrechts- und Weichbildbuch (art. 51) weist dies entschieden zurück, „wann es umb des menschen leib nicht also stet als umb daz guet!“[1]) — Lange Zeit hindurch scheint dann die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte zu ruhen, wenn auch manche deutsche Rechtsinstitute in ihrem letzten Grunde die Anerkennung im Prinzip durchleuchten lassen[2]), bis um die Mitte des

---

[1]) Ausgabe von Schuster, Wien 1873, S. 76, vgl. Gareis, Festgabe, S. 19.

[2]) So vor allem d. rechtl. Qualifizierung des Hausfriedensbruches (der alten „Heimsuchung“), ferner die Gestaltung des Begriffs der Busse, des Schmerzensgeldes u. s. w.; vgl. Liszt, Lehrb. d. Straf.-R., § 119 I u. 67 II; Gareis, Festgabe, S. 15 u. 39; R. G. Z. 8, 117; über d. gemeinrechtl. Weiterentwicklung der röm. act. leg. Aquil. utilis R. G. Z. 35, 142.

18. Jahrhunderts von neuem die Wissenschaft sich mit dieser Frage befaßte. Vor allem ist es das Verdienst Kants gewesen[1]), mit allem Nachdruck auf das freie Selbstbestimmungsrecht des Menschen hingewiesen zu haben.

Zunächst aber setzte die wissenschaftliche Arbeit bei einem andern Persönlichkeitsrechte ein, bei dem Urheber- und Erfinderrechte. Es ist interessant zu verfolgen, wie dieses Recht der Persönlichkeit, das sich nicht auf die leibliche, sondern auf die geistige Existenz des Menschen bezieht, eine vollkommen analoge Entwicklung durchgemacht hat. Auch hier zunächst die sachenrechtliche Auffassung! Schon Luther bezeichnet 1525 den Nachdruck als Diebstahl. Die weitere Entwicklung von der Theorie des geistigen Eigentums bis zu der heute herrschenden Ansicht ist ja bekannt![2])

Die Naturrechtsschule rechnete unser Recht dann zu den von der Natur gegebenen, angeborenen Grundrechten. Die zur Zeit des preußischen Allgemeinen Landrechtes herrschende Richtung spricht von „Urrechten“ im Gegensatz zu den „erworbenen“ Rechten[3]). Das Urrecht ist ein „besonderes Recht des Menschen auf seine Person, das mit seiner Geburt notwendig entsteht und bis zu seinem Tode fortdauert“[4]) Das allgemeine

---

[1]) Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten, Kirchmann'sche Ausgabe. Ueber Kants Bedeutung auf dem Gebiete des Autor-R., insbesondere des Verlags-R. vgl. Gareis, Festgabe, S. 25.

[2]) vgl. hierüber Allfeld, a. a. O., Einl. S. 16 ff.; Gierke D. Pr. R. I., S. 748 ff. u. a.

[3]) vgl. Koch, Komm. z. A. L. R. S. 79 No. 12.

[4]) Koch, a. a. O. S. 79.

Landrecht selbst spricht übrigens von „allgemeinen Menschenrechten.“[1]) Bruns[2]) stellt im Gegensatz zu den Vermögensrechten eine Klasse der „Zustandsrechte“ auf, in die auch unser Recht als „Recht auf die bloße persönliche Existenz“ Aufnahme gefunden hat. Mit der Naturrechtsschule mussten auch notwendig diese Auffassungen fallen. Derartige „angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte“ können nur soweit anerkannt werden, als sich ihre Existenz im positiven Recht nachweisen läßt; im übrigen stellen sie zumeist nur „politische, ethische oder andere Postulate dar[3])[4]).

Erst unsern großen Juristen des vorigen Jahrhunderts war es vorbehalten, dem Recht auf die eigene Person den ihm gebührenden Platz zu geben und

[1]) So A. L. R. Einl. § 83 u. I, 1, § 10; vgl. auch österr. B. G. B. § 16.

[2]) In Holtzendorffs Erzyklop I, § 14, 1, S. 446; ähnlich auch Wächter, Württemb Privat-R. II, § 45 (Status-R!) vgl. auch Gareis, Autor-R., S. 192 u. Windscheid, Pand. I, § 40, S. 148.

[3]) Staudinger, Komm. z. B. G.-B. Einl. S. 26.

[4]) Zusammenstellungen solcher Grund-R. finden wir in der englischen Bill of Rights (1689), in der Unabhängigkeitserklärung der nordamerikan. Staaten (1776), den Grund-R. des deutschen Volkes (1848) u. s. w. Heute ist dieser Standpunkt allgemein verlassen; vgl. jedoch noch Heiltron. Lehrb. I, 257; hiernach sind die R auf Leib und Leben Persönlichkeits-R., die R. auf Freiheit, Ehre u. s. w. dagegen „Allgem. Menschen-R.“; nur die ersteren stellen Besonderheiten einer bestimmten Person dar und können Gegenstand des Verkehrs sein. Näheres hierüber im entspr. Zusammenhang!

damit eine Lücke des Privatrechtssystems auszufüllen[1]). So klassifiziert Puchta die Privatrechte in 1. Rechte an Sachen, 2. Rechte an Handlungen, 3. Rechte an Personen außer uns, 4. Rechte an in uns übergegangenen Personen und 5. Rechte an die eigene Person[2]). Indes leidet die Puchta'sche Darstellung an mehreren Mängeln, vor allem an der unrichtigen Bezeichnung des beherrschten Objektes. Nach Puchta hat nämlich der Wille sich selbst zum Gegenstand, wie man im Volksmunde von einem Menschen sagt: er will seinen Willen haben, so will hier der Wille sich selbst. „Der Wille aber ist Geist und Leib, einer und unteilbar"[3]). Ferner liegt ein Fehler in der Gleichstellung von Persönlichkeit und Recht an der eigenen Person. Person ist aber soviel wie Rechtssubjekt, Persönlichkeit drückt also die Fähigkeit aus, Subjekt von Rechten zu sein, und deckt sich mit Rechtsfähigkeit; es handelt sich mithin um eine bloße Eigenschaft, eine Qualität des Menschen, nicht aber um ein subjektives Recht.[4])

1) Über die Anerkennung des R. am menschl. Körper bei den älteren strafrechtl. Schriftstellern (Feuerbach, Luden, Geyer, Ahrens u. s. w.) vgl. Kramer, a. a. O., S. 18 ff. Nicht unerwähnt bleiben mag noch eine Frankfurter „Dissertation", de jure hominis in se ipzum von Strykius (1743).

Auch Str. nimmt eine quaedam facultas disponendi über den eigenen Körper an (vol. II disp. 15, cap. 4 No. 3.).

2) vgl Puchta, Rhein. Museum, III, 305.

3) Merkel, a. a. O., S. 681.

4) Derselbe Unterschied trennt auch unser Recht von den Begriffen der Handlungs- und Geschäftsfähigkeit, auch hier handelt es sich um blosse Eigenschaften, um Voraussetzungen von Rechten; vgl. Gareis, Festgabe, S. 37, No. 85; Crome, System I, § 37, S. 190; Beker. Pand. I, § 44, S. 154.

Vangerow[1]) unterscheidet im Menschen zwei Elemente, das Tierische und den Willen. In erster Beziehung ist der Mensch Rechtsobjekt des dominium (s. o.), in letzgenannter Beziehung dagegen bildet der Wille den Gegenstand des jus im technischen Sinne. Auch diese Darstellung leidet unter der falschen Bezeichnung des Objektes, auch ist die Trennung unbegründet und unhaltbar.

Gegen Vangerow sowohl wie gegen Puchta wendet außerdem Hölder[2]) ein, daß sie die Herrschaft über das eigene Dasein ableiten von der Herrschaft über fremdes Dasein. Es werde dadurch die „unmittelbarste und vollkommenste Erscheinungsform eines Prinzips zurükgeführt auf die vermittelte und unvollkommenere“: in Wirklichkeit sei das Verhältnis umgekehrt, das unmittelbarste und ursprünglichste ist die Herrschaft meines Willens über die Glieder meines Leibes!

Erst Gareis konstruierte im Jahre 1877[3]) die Persönlichkeitsrechte in dem Sinne, der von der heute herrschenden Lehre allgemein als der richtige angesehen ist. Darnach stellt sich das Persönlichkeitsrecht dar als Recht auf Betätigung der geistigen und körperlichen Kräfte, auf Betätigung des Individuums und Beherrschung des Individuellen gegenüber allem

---

[1]) Ueber die Latini Juniani, S. 68, Anm. 6.

[2]) Hölder, Beiträge zur Geschichte d. röm. Erb.-R., S. 4 f.

[3]) In der schon mehrfach erwähnten Abhandlung in Buschs Archiv, Bd. 35, 185 ff. über d. jurist. Wesen der Autor-R.

Außenliegenden“[1]). Gareis nannte deshalb diese Rechte Individualrechte[2]). Von Gierke wurde dann diese Rechtskategorie glänzend weiterentwickelt[3]) und heute haben wir kaum ein Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, in dem die Kategorie der Persönlichkeitsrechte nicht anerkannt und wenigstens kurz behandelt wäre[4]).

Wenn nun auch heute das Recht der Persönlichkeit in der Rechtswissenschaft nicht mehr wie früher „teils mit einer proteusartigen Vielgestaltigkeit, teils mit der Gestaltlosigkeit eines Protoplasma figuriert“,[5]) so ist doch im einzelnen manches bestritten. Wir begnügen uns damit, hier nur auf zwei hervorstechende

[1]) Gareis, Autor-R., S. 198.

[2]) Der Name hat sich bereits allgemein eingebürgert, vgl. u. a. R. G. Z. 8, 19; Kohler, Einführung, S. 29; Liszt, Lehrb. d. Straf-R., S. 79 und die neueren Lehrbücher. Dagegen Gierke, D. Pr. R., I., 703. Neuerdings schlägt Gareis (Festgabe, S. 26) den Namen „Individualitäts-R.“ vor; hierfür auch Gierke, D. Pr. R., I, 703, Anm. 2, Endemann, Lehrb. I, S. 37, Anm. 3, S. 161.

[3]) Gierke, D. Pr. R., I, 702 ff.

[4]) vgl. Crome I, § 30, 2c, S. 167; Dernburg I, § 22, 2 a., S. 49; Endemann I. § 37 S 161; Heilfron I, § 18, S 256; Kohler I. § 198, IV; Enneccerus I, § 38 I, S. 96; Landsberg I, § 15, I 3, S. 63; Matthiass I, § 17, II B., S. 65; Windscheid I § 40, S. 147 u. a. Etwas sonderbar mutet es einen an, wenn Binding, einer der wenigen heutigen Gegner des ganzen Begriffs, die Anschauung, nach der der Mensch zugleich Gewalthaber und Gegenstand seiner eigenen Gewalt ist, für im geltenden Recht „vollständig überwunden“ (!) hält (Lehrb. d. Straf-R. I, S. 34). Wenn Savigny (System I, 336) gegen das R. an der eigenen Person das Bedenken erhebt, die Annahme eines solchen Rechtes führe konsequenterweise zur Anerkennung eines Rechtes auf Selbstmord, so ist dem nicht beizustimmen; vgl. die Widerlegungen bei Windscheid. Pand I, S 147; Gareis, Autor R., S. 190; Regelsberger, Pand. I, § 50 I, S. 198.

[5]) Gareis, Autor-R., S. 188.

Punkte aufmerksam zu machen, deren kurze Erörterung von Nutzen für die weitere Untersuchung sein dürfte. Man hat unserer Auffassung der Persönlichkeitsrechte den Vorwurf gemacht, es handele sich um ein bloßes konstruktives Gebilde, die Kategorie sei viel zu abstrakt und lasse zu, daß man unendlich viele subjektive Rechte aus ihr folgere, ohne deren Dasein im positiven Recht beweisen zu können. Der Einwand ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen! Befördert wird diese Gefahr namentlich durch die Aufstellung eines allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit, eines „Rechtszentrums", aus dem sich, nach Zeit und Anschauung verschieden, spezielle Individualrechte loslösen [1]). Gegen die Konstruktion eines derartigen allgemeinen Rechtes läßt sich nichts erinnern, und die geschilderte Gefahr wird leicht vermieden, wenn nur diejenigen Persönlichkeitsrechte als wirklich vorhanden angesehen werden, deren Existenz durch die Rechtsordnung, wenn allerdings auch nur nebenher und nur in Folgerungen, sanktioniert wird. [2])

[1]) So insbes. Regelsberger. Pand. I, § 50 I; Gierke, D. Pr.-R. I, S. 703; Matthiass, Lehrb. I, § 17 II B*, S. 66; vgl. auch R G Z 41, 43 (unbefugte Veröffentlichung von Briefen Rich. Wagners!) u. R G Z 45, 173 (unbefugte photograph. Aufnahme der Leiche Bismarcks!) — Dagegen Kipp bei Windscheid, Pand. I, § 40, S. 148. —

[2]) So wurde beispielsweise noch auf dem 28. Juristentage (September 1906) gegenüber dem vorgebrachten Wunsche nach Schutz der Erfinderehre darauf hingewiesen, dass diese ein wenig greifbares Ding sei und das Bedürfnis in dieser Beziehung leicht auf andere Weise befriedigt werden könne! — Ein nicht durch Gesetz geschütztes Persönlichkeitsrecht ist z. B. die Individualität des Schauspielers, seine Auffassung,

Der zweite Einwand betrifft die logische Spaltung des Menschen in „das berechtigte Subjekt, das abstrakte und zugleich konkrete Ich (metaphysisch: der Wille) einerseits und das von diesem beherrschte Objektive im freien Menschen, die dem Ich dienenden geistigen und körperlichen Kräfte andrerseits“ [1]). In dieser logischen Spaltung erblickt Merkel [2]) einen Grundirrtum: auch Schultheis [3]) sieht hierin einen Widerspruch, denn der Körper als Rechtsobjekt würde dann ja zugleich Objekt und Teil des Rechtssubjektes sein. Desgleichen sind nach Rausnitz [4]) der Mensch und sein Körper identisch, eine begriffliche Trennung ist nicht denkbar; trotzdem operiert Rausnitz mit dem Begriff des Persönlichkeitsrechtes. — Abgesehen aber davon, daß von einer Teilung des Willens garnicht die Rede ist (s. o.), er wird nur „in dialektischen Gegensatz zu dem vom Menschen beherrschten oder bewegten Menschenteil“ gesetzt [5]), beruht dieser Einwand auf einer „vollständigen Verkennung der Seelenlehre. Niemand wird bezweifeln, daß eine Person auf sich selbst, auf Körper und Seele einwirken kann: darauf beruht die ganze Selbstzucht und Disziplin.“ „Ich, das Ich beschließe z. B. den rechten Arm zu

seine Mimik u. s. w. in einer bestimmten Rolle. — Man darf eben in der Konstruktion der Persönlichkeits-R. auch nicht zu weit gehen; vgl. auch R G Z 5, 373.

[1]) Gareis Festgabe, S. 16.

[2]) a. a. O., S. 681.

[3]) a. a. O., S. 26.

[4]) a. a. O., S. 594.

[5]) Gareis, Über Rechtsverh. an Begräbnisstätten, S. 317

heben, und er gehorcht mir; ich kann meine Gedanken lenken, mein Gedächtnis anstrengen, — die logische Unterscheidbarkeit zwischen jenem Ich und Nichtich liegt immer vor.“ [1])

Fassen wir nochmals zusammen: Die Kategorie der Persönlichkeitsrechte, der Rechte an der eigenen Person, hat unzweifelhaft Daseinsberechtigung; sie ist auch in ihren einzelnen Äußerungen durch Gesetz und Gewohnheit sanktioniert. Das Recht der Persönlichkeit richtet sich auf Betätigung der leiblichen und geistigen Kräfte, diese stellen das beherrschte Objekt dar; die erste Seite ist dabei in der Geschichte zuerst anerkannt in dem primitivsten Persönlichkeitsrechte: Dem Recht am eigenen Körper! —

[1]) Gareis, Über Rechtsverh. an Begräbnisstätten, S. 317: Kohler, Einführung, § 16, S. 28. —

II. Teil:

Die Rechtslage nach der Trennung.

I. Abschnitt:

Vorfragen.

Wenn in früherer Zeit der menschliche Körper für das Recht höchstens insofern in Betracht kam, als seine Verletzung strafrechtlich geahndet wurde, so ist das heute anders geworden. Insbesondere haben wir es dem mächtigen Aufschwung der Anatomie[1]) zu verdanken, daß heute der menschliche Körper und seine Teile in vermehrtem Maße als Gegenstände privater Rechtsgeschäfte in Frage kommen. Bei der rechtlichen Beurteilung der Gültigkeit solcher Abmachungen, ebenso sehr aber auch bei der strafrechtlichen Qualifizierung eines widerrechtlichen Eingriffes in die Körperintegrität, ist auszugehen von den Rechtsverhältnissen, die vor der Trennung des Bestandteils vom Körper bestanden. Darnach läßt sich dann beurteilen, welchen Wandlungen das vorher bestehende Recht unterworfen ist; nach Beantwortung dieser zivilrechtlichen Vorfragen läßt sich erst eine befriedigende Lösung der strafrechtlich interessierenden

[1]) Über diese Entwicklung vgl. die geschichtliche Einleitung bei Kramer, a. a. O., S. 5 ff.

Punkte finden. Die den menschlichen Leichnam betreffenden Rechtsfragen müssen auch hier wieder außer Betracht bleiben; so insbesondere der sogen. Leichenverkauf, das Leichenvermächtnis, der Leichenraub u.s.w.

Um nun zu unserm Ausgangspunkte zurückzukehren, so handelt es sich für uns darum, festzustellen, wie das Recht am eigenen Körper sich hinsichtlich der Bestandteile gestaltet, die vom Körper getrennt werden. Sehen wir uns daraufhin nach diesbezüglichen Rechtsnormen um, so müssen wir feststellen, daß unser bürgerliches Gesetzbuch keinerlei hier unmittelbar in Betracht kommende Vorschriften enthält; auch aus anderen Reichsgesetzen sowie aus dem öffentlichen Recht, das z. B. für die rechtliche Behandlung des toten Körpers, des Leichnams, sehr stark in Betracht kommt, läßt sich nichts entnehmen. Ob die Landesgesetze hier eingreifen, wie Hölder und Merkel [1]) behaupten, ist sehr fraglich; wir möchten es verneinen, da kein entsprechender Vorbehalt im Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche gemacht ist, der aber notwendig wäre, um privatrechtliche Vorschriften aufrecht zu erhalten (Art. 55, E. G. z. B. G.-B.) [2]). Aber selbst wenn wir die andere Meinung gelten ließen, würden wir vergebens suchen. [3]) Neben

[1]) Hölder, Komm. z. B. G.-B. I, 206, 5 b; Merkel, a. a. O., S. 678.

[2]) Ebenso Schwerin, a. a. O., S. 662, Anm.

[3]) Cramer, a. a. O., S. 25, zitiert zwar einen Paragraphen des Preuss. A. L. R., der die vollständige Lösung der Frage enthalten würde; leider ist die Stelle aber „unauffindbar"; sollte es sich nicht um einen „Irrtum" handeln und statt dessen ein Dernburg'sches Zitat vorliegen?

dem gesetzten Recht käme dann noch das Gewohnheitsrecht in Frage als Rechtsquelle: aber wenn wir auch von diesem oder jenem Rechtsgeschäfte über den menschlichen Körper sagen können, es entspreche oder widerstrebe der allgemeinen Rechtsanschauung, so würde die Stimme des Volksbewußtseins doch auf die meisten Fragen keine oder wenigstens keine einheitliche Antwort geben; das in Frage kommende Gebiet ist eben noch zu neu, oder besser, die zu behandelnde Materie befindet sich gerade jetzt in einer Übergangszeit der Gärung, und die Anschauungen können sich in kürzester Zeit gänzlich ändern. —

Wie es scheint, stehen wir also vor einer Lücke des Gesetzes [1]: es gibt aber kein richterliches ‚non liquet' mehr, auch ist es nicht angängig, daß der Richter in diesem Falle den Klageantrag ohne weiteres als unbegründet zurükweist [2]; er muß eine Entscheidung finden und hat dabei stets auf dem Boden des positiven Rechts zu bleiben. Gelingt es ihm nicht, mittelts Auslegung, insbesondere mittelst der Extensivinterpretation einen dahingehenden Willen des Gesetzes oder Gesetzgebers [3] zu erforschen, so bleibt ihm noch immer der Weg der analogen Anwendung

[1] Die mehr sprachliche Kontroverse, ob das Recht überhaupt Lücken enthalte, kann hier füglich ausser Betracht bleiben; dagegen z. B. Matthias, Lehrb. I, § 12, S. 36; Staudinger, Komm. z. B. G., B. I, Einl. S. 17.

[2] So Staudinger, I, Einl. S. 18; Gn. Flavius. Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 14.

[3] Ueber die Streitfrage, ob der Wille des Gesetzes oder des Gesetzgebers zu erforschen sei, vgl. statt anderer Nord, Über Auslegung der Gesetze und über Analogie, S. 23 ff.

offen [1]). Je nachdem er dabei an einen einzelnen Rechtssatz oder an einen Komplex von solchen anknüpft, spricht man von Gesetzes- bezw. Rechtsanalogie; die letztgenannte Methode führt in ihrem weitesten Umfange schließlich zu der sogenannten Entscheidung „aus dem Geiste" der Rechtsordnung. [2])

Hiermit sollten die Hülfsmittel, die dem Richter eine Entscheidung ermöglichen, erschöpft sein. Indes führt eine Reihe von Schriftstellern noch eine andere Rechtsquelle an, die im letzten Notfalle vom Richter zu benutzen sei: Die Natur der Sache. — Es sei uns gestattet, mit einigen Worten an dieser Stelle darauf einzugehen, denn ehe wir an die Lösung unserer Frage herantreten, müssen wir das Rüstzeug, mit dem wir zu operieren haben, auf seine Brauchbarkeit hin genau prüfen: außerdem spielt gerade auf dem hier in Frage kommenden Gebiete die „Natur der Sache" sehr oft das willkommene ultimum remedium. Dernburg definiert den „arg verschrieenen" [3]) Ausdruck der

[1]) Von manchen Schriftstellern wird ein Unterschied zwischen ausdehnender Interpretation und Analogie geleugnet, vgl. z. B. Hölder, Komm. z. B. G., B. I, Einl. S. 20.

[2]) vgl. Crome, System I, § 21 Anm. 6, S. 107; dagegen Gn. Flavius, a. a. O., S. 27 ff. Unser Gesetzbuch enthält mit Recht keinerlei Vorschriften über Auslegung und Analogie. Anders nach dem 1. Entw., dessen § 1 die Gesetzes- bezw. Rechtsanalogie folgendermassen definierte: „Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entspr. Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend." — Vgl. auch Prss. A. L. R., Einl. § 47—48 (Auslegung) und § 49-50 (Analogie) sowie österr. B. G. B. § 7 und cod. civ. a. 4.

[3]) Windscheid, Pand. I, S. 92.

Natur der Sache als „die den Dingen innewohnende Ordnung" und legt ihr geradezu die Bedeutung einer Rechtsquelle bei.[1] Dem können wir nicht beistimmen. Rechtsquelle ist und bleibt nur das Gesetz und die Gewohnheit; andere Rechtsquellen daneben gibt es für den Richter nicht. Selbstverständlich hat der Richter, namentlich wo eine Entscheidung seinem „billigen Ermessen" anheimgestellt ist, die „Natur der Sache" mit in Betracht zu ziehen; aber die eigentliche Rechtsquelle, aus der er schöpft, muß Gesetz und Gewohnheit bleiben. Erwägungen über die Natur der Sache können nur die Ueberzeugung bringen, von der Angemessenheit dieses oder jenes Rechtssatzes, niemals aber die Annahme seiner Geltung.[2])

Eine Entscheidung aus der „Natur der Sache" halten wir darnach für unzulässig und unrichtig, die Rechtsanalogie wird stets ausreichen. Dabei ist daran festzuhalten, daß durch die analoge Anwendung nicht etwa neues Recht erzeugt wird; vielmehr handelt es sich um die Anwendung einer nur latenten Norm des positiven Rechtes.[3])

[1]) Bürgerl. R. III, 3, No. 4.

[2]) Gierke, D. Pr.-R. I, 182.

[3]) Die „subjektive Vernunft" des Richters bezeichnet Adickes (Lehre von d. R.-Quellen, S. 8 ff.), die „Rechtswissenschaft" Kuhlenbeck (V. d. Pand. z. B. G.-B. I, 24) als R.-Quelle; ähnlich auch Stobbe, D. Pr. R., I, 604. — Alles dies ist verkehrt! Nur das positive R. ist R.-Quelle; wo scheinbare oder wirkliche Lücken sind, ergänzt sich das R. aus sich selbst heraus! Ebenso Gierke, D. Pr. R., I, 182, Windscheid, Pand. I, S. 91 f — Für das Prss. A. L. R. sagt Koch (Einl. No. 93) schon, dass bei Lücken die Entscheidung aus dem A. L. R. nicht

2. Abschnitt:

Trennung ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten.

Nachdem wir im vorigen Abschnitt das Handwerkszeug, dessen wir bedürfen, einer Musterung unterzogen haben, können wir nun an die Lösung der eigentlichen Frage herantreten. Wie schon hervorgehoben wurde, ist in der Litteratur grade der Übergang vom lebenden zum toten Körper oder

aus dem Natur-R., zu finden sei. — In jüngster Zeit macht sich übrigens eine Bewegung breit, die trotz aller Verschiedenheit doch manche Anklänge an das Natur-R. zeigt, es handelt sich um die sog. „freirechtliche" Bewegung. Abschaffung jeder den Richter bindenden R.-Norm und eine Entscheidung nach billigem Ermessen, in allen Fällen Entscheidung aus der „Natur der Sache", ist der Wahlspruch ihrer Vertreter. Also völlige Durchführung des Prinzips der „freien Rechtsfindung"! Zu erwähnen ist insbesondere eine im Laufe des letzten Sommers (1906) erschienene, auch hier schon mehrfach angeführte kleine Schrift, die den Titel „Der Kampf um die Rechtswissenschaft" führt und unter dem Pseudonym des Gnaeus Flavius in die Öffentlichkeit tritt. Verf. verwirft jede landläufige juristische Konstruktion, die Interpretationsregeln, die Analogie u. s. w. (S 22 f.). Statt dessen predigt er den Voluntarismus in der Rechtswissenschaft (S. 20). Der Richter soll befugt sein, einzig darnach zu entscheiden, „was er nach seiner eigenen Überzeugung und Rechtsgefühl als Recht anerkennt". Wenn der pseudonyme Verfasser auch manche wunde Stelle richtig getroffen hat, so haben doch die meisten seiner Thesen lebhaften Widerspruch hervorgerufen; vgl z. B. die Beurteilung seitens des österr. Justizministers Dr. Klein in der Wiener Neuen Freien Presse, abgedruckt im „Recht", 10. Jahrg., 1906, No. 15/16, S. 915; Unger, in d. D. Jur. Ztg., 11. Jahrg., 1906, No. 14, S. 782 ff.; Bülow im „Recht", 10. Jahrg., 1906, No. 13. — Vgl. übrigens auch art. 1 des Vorentwurfes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, wonach der Richter, wenn alle andern Quellen versagen, „sein Urteil nach der Regel zu sprechen hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde".

Körperteil in seiner juristischen Würdigung lebhaft umstritten. Der größte Teil der Lehrbücher und Kommentare begnügt sich damit, bloß dies oder jenes factum zu konstatieren: eine Begründung der betreffenden Ansicht suchen wir dagegen in den allermeisten Fällen vergeblich. Eine solche ist aber keineswegs unnötig, etwa weil die Beantwortung der Frage selbstverständlich wäre; daß dies ganz und garnicht der Fall ist, zeigt schon die große Zahl der verschiedenen Ansichten. Wir wollen nun im folgenden zunächst einen kurzen Überblick über die vertretenen Meinungen geben, um dann am Schlusse im Zusammenhang dazu Stellung zu nehmen. Außer Betracht bleiben soll dabei, ob der Bestandteil vom Körper des Menschen mit oder gegen dessen Willen getrennt wird. —

Jedenfalls, eins ist sicher, sobald ein Teil vom Körper getrennt wird, ist er nicht mehr Bestandteil der Person, er wird zur Sache. Er bildet jetzt ein Stück der uns umgebenden Außenwelt, der „unfreien Natur.“ [1]) Zwar liegt, äußerlich genommen, noch ein „Isophormismus“ zwischen dem Trennstück in seiner früheren und jetzigen Gestalt vor; dennoch liegt etwas von dem früheren begrifflich Verschiedenes vor: Der Blutkreislauf in dem amputierten Bein stockt, das Wachstum der abgeschnittenen Haare hört auf u. s. w.,

[1]) Unklar ist die Einschränkung bei Rehbein, Bürgerl. Gesetzb. I, S. 74 b, wonach nur „die Haare, die als zur Trennung bestimmt angesehen werden und deren Trennung nicht entstellt“, nach der Trennung Sachen sind.

kurzum, es fehlt die Hauptsache: Das „Walten einer lebendigen Tätigkeit".

Der so als Sache charakterisierte Bestandteil kann dabei vollständig neu als Sache entstehen oder er kann bereits vorher Sache gewesen sein und nun wieder zur Sache werden; man denke z. B. an die Flintenkugel, die aus dem Körper eines Menschen herausgezogen wird. Wenn aber nun das Trennstück zur Sache wird, dann müssen auch Sachenrechte daran bestehen können; der abgetrennte Teil wird eigentumsfähig, er wird rechtsfähig in dem oben ausgeführten Sinne. Daraus geht aber noch nicht hervor, daß er auch wirklich in jemandes Eigentum steht oder tritt. Die Untersuchungen, die sich mit dem rechtlichen Schicksal des abgetrennten Körperteiles befassen, lassen sich in zwei große Gruppen scheiden, wobei die Ansichten im einzelnen wieder stark auseinandergehen. Die erste Klasse der Schriftsteller läßt das abgetrennte Stück herrenlos werden, sei es auch nur „zunächst", während die andern dem bisherigen Körperherrn das Eigentum an der neuen Sache zusprechen.

An erster Stelle ist hier Gareis [1]) zu nennen, nach dessen Ansicht der getrennte Bestandteil mit der Trennung zur herrenlosen Sache wird. An sich würde also nach § 958 Abs. 1 B. G.-B. jeder, der die Sache in Eigenbesitz nimmt, Eigentum an ihr erwerben können, außer „wenn die Aneignung gesetzlich

---

[1]) Gareis, Festgabe, S. 32 ff.; zustimmend Schwerin, a. a. O., S. 656, und Neumann, Jahrb. f. D. R., Bd. I, § 90, [2].

verboten ist oder das Aneignungsrecht eines Andern verletzt wird" (§ 958 Abs. 2). An den letzten Halbsatz des zitierten Paragraphen knüpft nun Gareis an. Daß jedermann das abgetrennte Stück sich aneignen könne, ist schlechterdings nicht anzunehmen; dem steht vielmehr ein privilegiertes Aneignungsrecht des Körperherrn entgegen, das jeden Eigentumserwerb eines Dritten vereitelt. In der Tatsache der Abtrennung sieht Gareis dabei nicht „die Umwandlung der Herrschaft über die (teilweise) Person in eine Herrschaft über eine Sache", sondern er sieht darin nur „die Entstehung einer neuen, zunächst herrenlosen Sache, aber das primitive Persönlichkeitsrecht besteht in Bezug auf diese Sache noch fort in einer Form des im Abs. 2 § 958 erwähnten Aneignungsrechtes, ein Rechtsvorgang, den man auch als eine Nachwirkung des Rechtes an der eigenen Person bezeichnen kann". Also nicht um eine Umwandlung des Persönlichkeitsrechtes in das Aneignungsrecht handelt es sich, sondern um ein Fortbestehen, eine Nachwirkung oder Prolongation des Individualrechtes, dieses „prolongierte" [1]) Persönlichkeitsrecht manifestiert sich in dem privilegierten Aneignungsrecht.

Einen ähnlichen Standpunkt nehmen noch Staudinger [2]) und Kuhlenbeck [3]) ein, auch sie anerkennen ein ausschließliches Aneignungsrecht des Körperherrn.

[1]) Diesen Ausdruck wählt Gareis in seiner Abhandlung über die R.-Verh. an Begräbnisstätten. S. 317 f.

[2]) Komm. z. B. G.-B., § 90, [2], S. 263.

[3]) V. d. Pand. z. B. G.-B. II, S. 502, [3]; vgl. auch Frank, St.-G.-B., § 242 III. 2 d.

nur legen sie ihm weniger den Charakter eines fortbestehenden Persönlichkeitsrechtes bei, vielmehr fassen sie es als durch Umwandlung entstanden auf.

Josef [1]) nimmt ein Aneignungsrecht als vorhanden an, spricht ihm aber jeden privatrechtlichen Schutz ab, da es eine Befugnis darstelle, die einzig allein auf Sitte und Herkommen beruhn.

Eine andere mögliche Konstruktion bringt Schwerin[2]). Gegen die „Natur der Sache" würde es sein, wenn jeder beliebige Dritte die herrenlose Sache sich aneignen dürfte. Das Aneignungsrecht ist also Dritten untersagt. Dieses Resultat wird mit Hilfe einer logischen Extensivinterpretation des § 958 Absatz 2 B. G.-B. (Halbsatz 1) gewonnen, da „diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach den Eigentumserwerb nur dann ausschließt, wenn die Aneignung selbst" und zwar „gesetzlich" verboten ist.

Soviel über die verschiedenen Ansichten, die eine zunächst herrenlose Sache annehmen, an der dem bisherigen Körperherrn das ausschließliche Aneignungsrecht zusteht oder deren Aneignung wenigstens Dritten verboten ist. Im Gegensatz hierzu läßt die andere Gruppe der Schriftsteller den Körperherrn durch die Trennung und im Augenblicke der Trennung ipso jure Eigentum an dem abgetrennten Teile erwerben. Die Gründe sind hier sehr verschiedener Art.

---

[1]) a. a. O., S. 123; seine Ausführungen gelten zunächst für den Leichnam, lassen sich aber auf unsern Fall analog übertragen.

[2]) a. a. O., S. 664. Auch dies ist zunächst vom Leichnam gesagt.

Vorweg zu nehmen ist die oben erwähnte und bereits widerlegte Ansicht Iherings und Vangerows, die ein „Gehören" bezw. Eigentum am menschlichen Körper schon vor der Trennung annehmen. Hier gestaltet sich die Sachlage natürlich sehr einfach; es tritt überhaupt keine Veränderung ein, das vorher schon bestehende Eigentum bleibt eben nach der Trennung an dem abgetrennten Körperteil weiter bestehen.

Eine noch der Theorie des gemeinen Rechtes angehörige Lösung versucht Mittelstein [1]). Er wendet die Bestimmungen des gemeinen Rechtes über den Eigentumserwerb an neu entstandenen Sachen analog an. So wie bei der insula in flumine nata, der alluvio und dem alvens derelictus das Eigentum den Anliegern ohne weiteres zufalle, so sei hier derjenige, von dem der betreffende Teil getrennt werde, der naturgemäße Eigentumsberechtigte. Wie aber in den angeführten Fällen das Eigentum ohne Wissen und Wollen vom Anlieger erworben werde, so werde im Augenblicke der Trennung eines Teiles vom lebenden Menschen dieser Eigentümer desselben. Dieser ipso jure-Erwerb stellt übrigens keine Besonderheit dar, wie Mittelstein durch die Verweisung auf die gemeinrechtlichen Grundsätze über den Schatzerwerb dartut: sobald jemand einen Schatz auf dem Grundstücke eines Dritten findet, wird der letztere ipso jure Eigentümer der Hälfte.

---

[1]) „Mensch und Leichnam als R.-Objekt; Arch. f. Straf-R., Bd. 34, S. 176 f.

Ebenfalls auf dem Wege der Gesetzesanalogie wird die Frage von Hellmann [1]) beantwortet. Er hält es nicht für angängig, abgeschnittene Zöpfe und amputierte Glieder als herrenlos zu betrachten, da sonst der Chirurg sie ohne weiteres für den Anatomiegebrauch sich aneignen oder der Friseur sie an sich nehmen könnte. Statt dessen sei eine analoge Anwendung des § 953 B. G.-B. am Platze, wonach die von einer Sache getrennten Bestandteile nach der Trennung dem Eigentümer der Sache gehören. „Denn hat auch der Mensch an seinem Körper nicht das Eigentum, so ist er doch wie ein Eigentümer ausschließlich darüber verfügungsberechtigt, und das im Eigentum liegende Verfügungsrecht ist es ja auch, welches dem Eigentümer der Sache das Eigentum des getrennten Bestandteils verschafft." Es handelt sich darnach um einen Anwendungsfall des römischen Substantialprinzipes.

Auf anderem Wege kommt Hölder [2]) zur Annahme des Eigentums auf Seiten des Körperherrn. Er stellt einen Vergleich an zwischen der Sache und dem Bestandteil des eigenen Körpers in ihrem Verhältnis zum berechtigten Subjekte, dem Menschen, und kommt dabei zu dem Resultate, daß beide Objekte derselben Herrschaft unterstehen und darnach ein wesentlicher Unterschied zwischen der „sachlichen und der persönlichen Angehörigkeit" nicht vorhanden ist, nur daß im

[1]) Vorträge über d. B. G.-B., Allg. Teil, S. 34.

[2]) Beiträge zur Geschichte des röm. Erb.-R., S. 1 ff; Komm. z. B. G.-B. I, S. 206, 5 a. —

letzten Falle die Verbindung eine innigere ist. Kein Artunterschied, sondern ein bloßer Gradunterschied bestehe zwischen dem Meinsein meines Armes und des denselben verlängernden und seine Kräfte verstärkenden Werkzeugs. Das Bestehen eines bloßen Gradunterschiedes zwischen der Herrschaft über die eigene Person und der Herrschaft über eine Sache läßt es dann erklärlich erscheinen, daß mit der Trennung eines Bestandteils vom Körper das Herrschaftsverhältnis nicht überhaupt erlischt, sondern bestehen bleibt, allerdings in Gestalt des Eigentums. Den umgekehrten Fall zeige z. B. die Aneignung von Lebensmitteln durch Verzehrung, „hier geht die Sache unmittelbar in der Person als Bestandteil ihrer eigenen Erscheinung auf und unter."

Daß das abgeschnittene Haar mit der Trennung ins Eigentum des bisherigen Trägers fällt, besagt nach Dernburg [1]) zwar kein Gesetz, aber es ergibt sich aus der „Natur der Sache"; die Natur der Sache ist hier die Rechtsquelle, aus der wir schöpfen müssen!

Und ebenso kann nach Binding [2]) die Frage, ob der abgeschnittene Zopf durch Separation Eigentum der bisherigen Trägerin oder res nullius wird, nur durch Analogie beantwortet werden. Binding entscheidet sich dann für den Eigentumserwerb am Trennstück; das sei zwar kein Gesetzesrecht, sondern ungesetztes Recht! Dabei gehört das durch Analogie

[1]) Bürgerl. R. III, 3, No. 4; Pand. I, § 69 a, S. 159.
[2]) Handb. d. Straf-R., S. 220, Anm. 7.

gefundene Recht nach Binding in Sonderheit zum „ungesetzten Recht.“ [1])

Zum Schluß mag noch erwähnt werden, daß außerdem noch eine ganze Reihe von Schriftstellern, — allerdings ohne nähere Angabe von Gründen, — den Standpunkt vertritt, daß mit der Trennung der Mensch zum Eigentümer des abgetrennten Stückes wird; dieses dürfte also zur Zeit wohl die herrschende Meinung sein. [2])

Was nun unsere Stellungnahme zu den aufgeführten Ansichten angeht, so können wir zusammenfassend ein Eingehen auf die von Dernburg und Schwerin erörterten Möglichkeiten uns ersparen; beide gründen, wie wir sahen, ihr Resultat, dieser den Eigentumserwerb, jener das Verbot der Aneignung gegenüber Dritten, auf die „Natur der Sache“. Daß die „Natur der Sache“ aber nicht als Rechtsquelle existiert, ist bereits oben dargelegt.

Gleich von vornherein widerstrebt unserm Gefühl die von Mittelstein vorgenommene Analogisierung der Bestimmungen über den alveus derelictus: daß der Mensch der „Anlieger seiner eigenen Haare“ sein soll, scheint uns eines komischen Beigeschmackes nicht zu entbehren. Es hätte daher nicht noch der ausführlichen Widerlegung bedurft, die Schultheis [3])

[1]) Lehrb. I, 258; Handb. S. 202.

[2]) vgl. z. B., Cramer a. a. O., S. 23 f; Gierke, D. Pr.-R. II, 35; Landsberg, Bürgerl. Gesetzb. I. § 43, Anm. 1, S. 140; Olshausen, Komm. z. Str.-G.-B., § 242, No. 6; Regelsberger Pand. I, § 110 I, S. 413 nimmt dann Eigentumserwerb an, „wenn der Mensch nicht vorher anders verfügt hat.“

[3]) a. a. O., S. 31.

dieser Ansicht zu teil werden läßt. Schultheis führt in der Hauptsache aus, daß die Grundstücke alle natürlich zusammenhängen, gleichwohl werden die einzelnen Grundstücke nicht als partes fundi, sondern als gesonderte Grundstücke betrachtet. Anders ist dies bei den Teilen des menschlichen Körpers, solange sie organisch mit demselben verbunden sind! Eine Ausnahme von obigem Satze findet nun zwar gerade bei Ufergrundstücken statt, insofern dieselben keine festen Grenzen nach dem Flußbett hin haben. Eben auf dieser Ausnahmestellung, auf dem Mangel fester Grenzen, beruht der hier in Betracht kommende Eigentumserwerb: eine andere Regelung wäre wohl kaum möglich, da die natürlichen Grenzen tagtäglichen Schwankungen unterworfen sind. Nur bei den agri limitati, deren Grenze feststand, findet der Anfall nicht statt; wieder eine Bestätigung der genannten Regel. Wir sehen daraus, daß der angeführte Eigentumserwerb auf der Ausnahmestellung der Grundstücke beruht, also jus singulare darstellt und zur analogen Anwendung auf den menschlichen Körper gänzlich ungeeignet ist. -

Ebensowenig halten wir die von Hellmann geforderte analoge Heranziehung der Regeln über den Fruchterwerb (§ 953 B. G.-B.) für angebracht. Denn einmal ist der Körperteil vor der Trennung noch keine Sache, und ferner steht das Gesamtobjekt, der ganze menschliche Körper, von dem der Bestandteil getrennt wird, nicht im Eigentum des Körperherrn. Diese Unterschiede halten wir für zu groß als daß sie noch

eine analoge Übertragung auf unseren Fall zuließen. [1])

Was endlich die Binding'sche Ansicht vom „ungesetzten Recht" betrifft, so können wir daraus, zumal jede nähere Begründung fehlt, für unsere Frage kaum etwas entnehmen.

Da also, wie wir sehen, die Gesetzesanalogieen kein annehmbares Resultat zeitigen, liegt es nahe, zu untersuchen, ob nicht eine auf breiterer Basis aufgebaute Argumentation, mit anderen Worten, ob nicht die Rechts-Analogie eine allseitig befriedigende Lösung bietet. — Dabei dürfte sich folgender Gedankengang ergeben: Das oberste Recht am Körperbestandteil vor der Trennung ist, wie wir oben gesehen haben, das Recht am eigenen Körper, ein Recht der Persönlichkeit. Das oberste mögliche Recht am Bestandteil nach der Trennung ist das Eigentum. Beide Rechte sind beliebig einschränkbar; beim Persönlichkeitsrecht tritt dies namentlich in mancherlei öffentlichrechtlichen Einschränkungen hervor, wie z. B. im Impfzwang, in der polizeilich vorgeschriebenen Untersuchung von Prostituierten u. s. w.

Ferner kann ein und dieselbe Person Subjekt der beiden angeführten Herrschaftsrechte sein, daß eine andere Person nach der Trennung das Herrschaftsrecht über den getrennten Bestandteil erlangt, ist nicht anzunehmen.

Vollzieht sich nun die Trennung, wird also der

[1]) Ebenso Binding, Handb. I, 220 Anm. 7; Gareis, Festgabe. S. 33; Mittelstein, a. a. O., S. 176; Schultheis, a. a. O., S. 31; Staudinger, Komm. z. B. G.-B. § 90, 2 a.

Körperbestandteil zur Sache, so bleibt das beherrschte Objekt, äußerlich wenigstens, dasselbe, ebenso wie der Baumzweig, den der Dieb vom Obstbaum herunterschlägt, Baumzweig bleibt, wenn er auch in dieser Gestalt keineswegs mit der früheren wesensgleich in allen Stücken ist, so stockt die Zufuhr der Säfte, das Wachstum hört auf u. s. w. Auch in unserm Falle wird dann allerdings die rechtliche Qualifikation eine andere, der Personenbestandteil wird zur Sache; gleichwohl sind beide Objekte der Substanz nach identisch, sie sind eins und nicht mehrere.

Aus der Identität des beherrschten Objektes müssen wir aber mit Notwendigkeit weiter folgern, daß auch das beherrschende Subjekt dasselbe bleibt; allerdings wird konsequenterweise auch hier die rechtliche Qualifikation eine andere, der Körperherr wird zum Sachherrn, zum Eigentümer.

Ähnliches finden wir schon bei Hölder angedeutet. Auch er wendet das Verhältnis der Person zur eigenen körperlichen Erscheinung analog an auf das Verhältnis der Person zur Sache.

Indes sind die Ausgangspunkte bei Hölder wesentlich anderer Art, als daß sich seine Meinung mit der hier durchgeführten Argumentation deckte. Insbesondere erübrigt sich bei unserer Beweisführung das lästige und etwas gesuchte Operieren mit den Begriffen des Gradunterschiedes und des Artunterschiedes. Einen geradezu dem unseren entgegengesetzten Standpunkt vertritt Hölder aber, wenn er das vor der Trennung

[1]) Beiträge zur Geschichte des röm. Erb-R., S. 1 ff.

bestehende Herrschaftsverhältnis nur als ein rein natürliches, nicht rechtliches auffaßt; wenn Hölder trotzdem zum gleichen Resultate kommt, so beruht dies darauf, daß er das Herrschaftsverhältnis nach der Trennung, das Eigentum, ebensowenig als Recht auffaßt, sondern als bloße Quelle von Rechten, als ein Rechtsverhältnis. Trotz des richtigen Grundgedankens bei Hölder müssen wir, eben infolge dieser weittragenden Unterschiede im einzelnen, seine Meinung ablehnen. —

Wenn nun unseres Erachtens der abgetrennte Körperteil mit der Trennung ipso jure ins Eigentum des bisherigen Trägers fällt, dann brauchen wir auch nicht die umständliche Gareis'sche Konstruktion, wonach das Trennstück „zunächst" herrenlos wird, aber einem ausschließlichen Aneignungsrechte des Körperherrn untersteht. Wie wir gesehen haben, entspricht dem bisherigen Persönlichkeitsrecht das jetzige dingliche Herrschaftsrecht in Gestalt des Eigentums weit eher als jene bloße Erwerbsberechtigung. Wenn Gareis außerdem von einem fortbestehenden, „prolongierten" Persönlichkeitsrechte spricht, das sich eben in dem dargestellten Aneignungsrecht äußert, so dürfte das nicht ganz einwandsfrei sein, insofern als das vor der Trennung bestehende Persönlichkeitsrecht zu den Beherrschungs- oder Darfrechten zählt (s. o.), während das Aneignungsrecht ein Rechtsänderungsrecht, ein Kannrecht darstellt [1]; von einem Fortbestehen ein

[1]) Enneccerus, Lehrb. I, § 34 I 3, S. 88 u. § 40 A 2, S. 104.

und desselben Rechtes kann also dann nicht mehr die Rede sein, es würde trotz der energischen Ablehnung seitens Gareis' im Grunde doch auf eine „Umwandlung" der Rechte hinauslaufen. Weit eher wären wir dann noch berechtigt, von einer Fortsetzung, einer „Prolongation" des am eigenen Körper bestehenden Herrschaftsrechtes zu sprechen. Wir können uns darnach wohl für berechtigt halten, auch gegenüber der von Gareis aufgestellten Konstruktion unseren Weg als den näherliegenden und einfacheren beizubehalten.

3. Abschnitt:

Trennung mit Willen des Berechtigten.

Wie wir bereits oben gesehen haben, mußte die „sachenrechtliche Auffassung" vom menschlichen Körper schon sehr bald den veränderten sittlichen Anschauungen weichen. Die Dispositionsbefugnis über den eigenen Körper blieb gleichwohl anerkannt, wenn schon auch hier Sitte und Sittlichkeit mancherlei Einschränkungen geboten. Inwieweit diese Beschränkungen nach heutigem Rechte reichen, wird im folgenden festzustellen sein. Wenn wir dabei von der Voraussetzung ausgehen, daß der Körperteil mit dem Willen des Körperherrn, sei es durch diesen selbst, sei es durch einen Dritten, vom Körper getrennt wird, so kann dies wiederum geschehen auf Grund von Rechtsgeschäften, insbesondere von Verträgen, oder es kann eine sonstige Rechtshandlung vorliegen. [1])

[1]) Ueber die Bedeutung der Einwilligung für das Straf.-R. näheres unten!

Was zunächst die Rechtsgeschäfte, insbesondere die vertragsmäßigen Verfügungen über den eigenen Körper anbetrifft, so geht eine Reihe von Schriftstellern soweit, sämtliche Rechtsgeschäfte über den lebenden Körper als gegen die guten Sitten verstoßend und mithin nichtig zu erklären (§ 138 B. G.-B.) In Frage kommen dabei natürlich nur solche Rechtsgeschäfte, die zu einer Zeit über den Körperteil abgeschlossen werden, wo der abzutrennende Teil noch organisch mit dem Körper verbunden ist; denn nach der Trennung wird das Trennstück ja zur Sache, einer rechtsgeschäftlichen Verfügung in diesem Momente würden mithin keinerlei Bedenken entgegenstehen.

Also über den lebenden Körper soll das Geschäft abgeschlossen sein, und diesen wollen jene Schriftsteller als durch die guten Sitten von den Rechtsobjekten ein für allemal ausgeschlossen wissen. Hiernach gibt es „keinen bindenden Kaufvertrag über die noch angewachsenen Haare, keinen Vertrag auf bestimmte ärztliche Behandlungsweise oder ein bindendes Versprechen, in einer Krankenheilanstalt bleiben zu wollen bis zur völligen Heilung“ [1]). Alle diese Geschäfte sind contra bonos mores und deshalb nichtig.

Unseres Erachtens ist der Ausgangspunkt dieser Schriftsteller verfehlt. Nicht allein deshalb, weil der Begriff des „gegen die guten Sitten verstoßenden“ ein

[1]) Endemann, Lehrb. I, S. 231 [3], 605 [3], 751 [14], 929 [4]; R.-Wirkungen der Ablehnung einer Operation, S. 95 ff; desgl. Rehbein, Bürgerl. Gesetzb. I, S. 74 a.

sehr vages und vom Gesetz nicht näher umgrenztes Gebiet betrifft, sondern auch weil wir es für verkehrt halten, a priori alle derartigen Rechtsgeschäfte als unsittlich abzutun, ohne sie einer genaueren juristischen Untersuchung, insbesondere daraufhin, ob solche Geschäfte denn überhaupt juristisch möglich sind, unterworfen zu haben. Erst wenn alle anderen juristischen Hülfsmittel versagen, dürften wir zu dem recht farblosen Institut des „gegen die guten Sitten verstoßenden" greifen!

Also die Frage, ob die gedachten Geschäfte überhaupt möglich sind, muß uns an erster Stelle beschäftigen: erst darnach kann auf eine Beantwortung der Frage nach der „Sittlichkeit" solcher Geschäfte eingegangen werden. —

Nach römischem Rechte waren jedenfalls Verträge über den eigenen Körper ungültig. So sagt Paulus: [1] hominem liberum inutilem stipulor: und an anderer Stelle noch ausführlicher Celsus: [2] hominem liberum scientem te emere non posse (aït.); ebensowenig wie man aber einen freien Menschen kaufen kann, ebensowenig, fährt er fort, sind auch sonst Rechtsgeschäfte über extrakommerzielle Dinge möglich. Die Worte liberum scientem deuten dabei auf einen Fall hin, der scheinbar eine Ausnahme von der Regel macht: Wenn sich nämlich ein Römer, der das zwanzigste Lebensjahr erreicht hat, verkaufen läßt, um an dem Kaufpreis zu „partizipieren", so ist der

[1] l. 83. § 5 D. de verb. obl. 45, 1.
[2] l. 6. pr. D. de contrah. emt. 18, 1.

Verkauf gültig, der Freie aber wird zum Sklaven, zur Sache.[1] Dieser Fall bildet indes nur eine scheinbare Ausnahme, in Wirklichkeit beruht die Möglichkeit, Gegenstand des Verkaufs zu sein, beziehentlich die Annahme der Sachqualität eines Sklaven, nicht auf zivilrechtlichen Grundsätzen, sondern stellt nichts weiter dar als eine spezielle Strafbestimmung, die an eine derartige, eines Freien unwürdige Handlungsweise die angeführten Rechtsnachteile knüpft. Soweit das römische Recht!

Im heutigen Recht suchen wir vergebens nach Vorschriften, die eine ausdrückliche Regelung unserer Frage enthielten. Wir müssen deshalb nach allgemeinen Regeln eine brauchbare Entscheidung zu finden suchen. Wenn wir bisher von Rechtsgeschäften bzw. Verträgen im allgemeinen gesprochen haben, so müssen wir dabei die zwei grossen Gruppen scharf auseinander halten: die dinglichen und die obligatorischen Rechtsgeschäfte. Beide Arten in unserm Falle als gleichbedeutend nebeneinander zu behandeln und etwa, wie Josef es tut,[2] kurzerhand alle dinglichen und obligatorischen Rechtsgeschäfte als gültig anzusehn, soweit sie nicht etwa, da gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig sind, halten wir für wenig angebracht.

Was nun zunächst die dinglichen Rechtsgeschäfte angeht, so verstehen wir darunter solche Rechtsgeschäfte, durch die unmittelbar über ein Recht an einer Sache (oder an einem Rechte) verfügt wird. Aus

[1] l. 5, § 1, D. de statu hominum 1, 5.
[2] a. a. O., S. 122 ff.

dieser Definition ergibt sich aber schon ohne weiteres, daß von sachenrechtlichen Verträgen über den eigenen Körper keine Rede sein kann, denn das in Frage stehende Rechtsobjekt ist ja, wie eben ausführlich begründet, keine Sache. Nicht einmal ein jus ad rem wäre denkbar, [1]) denn auch hier müßte das Substrat eine Sache sein; zudem kennt unsere Rechtsordnung auch dieses Recht nicht mehr. Es bliebe höchstens noch die Frage offen, ob nicht etwa eine Vorausverfügung, — Verfügung dabei im Sinne von dinglichem Rechtsgeschäft genommen, — über einen Körperteil als eine res futura möglich sei. [2]) Doch auch dies ist nicht möglich, eine Übereignung nicht vorhandener, erst zukünftiger Sachen ist undenkbar. Dingliche Rechtsgeschäfte über den eigenen Körper sind also unmöglich; damit entfällt von selbst die Frage, ob sie gegen die guten Sitten verstoßen. In Betracht kommen könnten indes noch neben diesen dinglichen, d. h. sachenrechtlichen, Rechtsgeschäften die sogenannten dinglichen Rechtsgeschäfte im weiteren Sinne oder Verfügungen, worunter man diejenigen Rechtsgeschäfte versteht, durch die unmittelbar irgend ein Recht begründet, übertragen, aufgehoben oder verändert wird. Man könnte dann als dieses Recht, über das unmittelbar verfügt wird, das Recht am eigenen Körper, als ein Persönlichkeitsrecht, annehmen; wäre es möglich, dieses auf Dritte, etwa in Bezug auf den zu trennenden Teil, zu übertragen, so läge die Möglich-

[1]) so Schwerin, a. a. O., S. 655.
[2]) so Gierke, D. Pr.-R. II, 35.

keit eines dinglichen Rechtsgeschäftes im weiteren Sinne vor. — Aus dem ganzen Recht der Persönlichkeit als einem Recht auf die eigene Individualität, auf ungehinderte Ausnützung der eigenen körperlichen und geistigen Fähigkeiten, ergibt sich aber mit Notwendigkeit, daß wir es mit einem höchstpersönlichen Recht zu tun haben, das gerade durch das eigene Dasein bedingt ist, das also eine Übertragung auf einen Dritten begrifflich nicht zuläßt. [1]) Somit ist auch der Begriff der dinglichen Rechtsgeschäfte im weiteren Sinne hier nicht verwertbar. Wenn aber dingliche Rechtsgeschäfte, da unmöglich, nichtig sind, so bedeutet der spätere Vollzug eine erneute Vornahme desselben Rechtsgeschäftes unter den gleichen Bedingungen; eine Konvaleszenz nichtiger Rechtsgeschäfte kennt das Gesetz nicht. [2]) (§ 141 Abs. 1. B. G.-B.)

Es bleibt also nur noch die Frage nach der Möglichkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, die Frage, ob z. B. ein Mädchen ihr noch nicht abgeschnittenes Haar schon jetzt gültig verkaufen kann, ob ein Mensch sich in bindender Weise verpflichten kann, ein Stück seiner Haut zwecks Heilung von Brandwunden eines Dritten herzugeben u. s. w. Man könnte hier von einer obligatorischen „Verfügung" über den eigenen Körper reden, [3]) doch möchten wir diesen Ausdruck hier lieber vermeiden. — In jedem dieser Fälle

[1]) Vgl. hierüber insbes. Gierke, D. Pr. R. I. 707 f.; Gareis Festgabe, S. 39.

[2]) Abgesehen von einigen Ausnahmen, z. B. § 1324 B. G.-B.

[3]) So Staudinger, Komm. z. B. G.-B. I. § 90[2a]

verpflichtet sich der eine Kontrahent zu einer „Sach"-leistung, denn er kann den Körperbestandteil, wie wir gesehen haben, erst dann übereignen, wenn er vom Körper getrennt, mithin zur Sache geworden ist. Daraus geht aber zugleich hervor, daß der Gegenstand des ganzen Vertrages, in seiner Eigenschaft als verkehrsfähige Sache, zur Zeit noch garnicht existiert: dann ist der Vertrag auf eine von vornherein unmögliche Leistung gerichtet und mithin nichtig. Dies ist der zweifellose Standpunkt des römischen Rechtes bezüglich der extrakommerziellen Rechtsobjekte.[1]) Unsere Rechtsordnung hingegen ist dabei nicht stehen geblieben, sie sieht einen solchen Vertrag gleichwohl als rechtsbeständig an, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann, — das wird fast immer möglich sein, — und wenn der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird. (§ 308 B. G.-B.) Daß diese Klausel ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen wird, ist dabei nicht nötig[2]). Es würde also ein Fall der sogenannten hypothetischen oder vorübergehenden Unmöglichkeit vorliegen und der Vertrag wäre gültig.[3])

[1]) vgl. Windscheid, Pand I, § 147, S. 636.

[2]) vgl. Oertmann, R. d. Schuldverh. § 308. 2b.

[3]) ebenso Staudinger, Komm. z. B. G. B. I, § 90, 2a., Dernburg, Bürgerl. R. III, 3, Nr. 4; Heilfron, Lehrb. I, § 19a. S. 261; a. M. anscheinend Oertmann, R. d. Schuldverh. § 308, 1, der den § 308 als nicht anwendbar erklärt, wo es grade die Pflicht des Schuldners sei, die jetzt noch nicht tunliche Leistung herzustellen. — Bez. der res extra commerc. vgl. daselbst § 308, 4.

Ebensogut wie ich mich zu derartigen Sachleistungen verpflichten kann, ist dies auch möglich bezüglich körperlicher Leistungen: ich kann dem Arzt gestatten, ein Stück Haut von meinem Körper zu trennen, ich kann mich verpflichten, einer Operation mich zu unterziehen,[1]) ein Mädchen kann sich zum Modellstehen verpflichten,[2]) man denke ferner an den Vertrag mit einer Person, „sie solle beim Preisrasieren auf dem Feste der Friseure sich als Versuchsperson hergeben“[3]) u. s. w.[4])

Abgesehen von der Frage, ob solche Geschäfte nicht gegen die guten Sitten verstoßen, wird aber eine Vollstreckung aus dem Vertrage Schwierigkeiten bieten, da in der Regel ein unvertretbares Tun des Schuldners vorliegt. Das Resultat ist also, daß obligatorische Rechtsgeschäfte über den eigenen Körper möglich sind; sie unterscheiden sich zwar von anderen obligatorischen Rechtsgeschäften in nichts als durch ihren Inhalt, deshalb aber, wie Schwerin[5]) es tut, die

[1]) Hierüber insbes. Endemann, D. R.-Wirkungen der Ablehnung einer Operation; Gareis, Festgabe, S. 40 ff. Binding, Lehrb. I, § 15, S. 53.

[2]) Hierüber insbes. Hilse, d. Vergütung für Modellstehen. Schwerin, a. a. O., S. 656; Rehbein, Bürgerl.-Gesetzb. I, S. 74.

[3]) vgl. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit. Arch. f. zivilist. Praxis, 99. Bd., 1 Heft, S. 46.

[4]) ebenso Staudinger, Komm. z. B. G.-B. I, § 90 [2a].

[5]) a. a. O. S. 655 ff. Auch Goldschmidt, H. R. III [3c], zählt den Körper und seine ungetrennten Teile zu den Gütern, über welche Rechtsgeschäfte überhaupt unmöglich sind. Desgl. Binding, Lehrb. I, 34, der im Gegensatz zum früheren R. nur noch tatsächliche Verfügungen, keine rechtlichen Verfügungen mehr anerkennt.

Möglichkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte über den eigenen Körper zu leugnen, halten wir nicht für angebracht.

Erst jetzt, nachdem wir die „Möglichkeitsfrage" beantwortet haben, können wir uns der Frage, ob die genannten Geschäfte auch den guten Sitten entsprechen, zuwenden. Eine Scheidung ein für allemal dahin zu treffen, daß alle entgeltlichen Abmachungen als gegen die Natur des Persönlichkeitsrechtes verstoßend unsittlich und mithin nichtig seien [1]), halten wir für unrichtig. Überhaupt lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen; so wird z. B. das Modellstehen bei dem einen Mädchen erheblich das Schamgefühl verletzen, während dies bei einem anderen, — man braucht dabei nicht grade an eine Prostituierte zu denken [2]), — keineswegs der Fall sein wird. Ein Vertrag auf „Leistung" eines Stückes der eigenen Haut wird in den meisten Fällen, falls er entgeltlich ist, unsittlich sein, doch ist auch das Tatfrage. Eine richtige Entscheidung läßt sich eben nur für den konkreten Fall geben: der Begriff des contra bonos mores läßt sich nicht in bestimmte juristische Formen pressen [3]).

Steht nun im einzelnen Falle fest, daß ein unsittliches Geschäft vorliegt, so ist dieses nichtig (§ 138 B. G.-B.); hat der eine Teil bereits erfüllt, so steht

[1]) So Rausnitz, a. a. O., S. 593 f.

[2]) vgl. Schwerin, a. a. O., S. 656; Hilse, a. a. O.

[3]) Näheres hierüber bei Gareis, Festgabe, S. 31 f. Hiernach kann die Unsittlichkeit liegen a.) in dem Masse der Verpflichtung, z. B. bei der Konkurrenzklausel b.) in dem Zweck der Verpflichtung, z. B. bei Verträgen mit Prostituierten. — Dazu Merkel, a. a. O., S. 681.

ihm eine condictio ob turpem causam, die Bereicherungsklage des § 817, nur dann zu, wenn ihm ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht zur Last fällt: dies würde z. B. wohl nicht der Fall sein, wenn die Anatomie für eine anormal gebildete Hand eine Geldsumme gezahlt hat. Trifft dagegen den Leistenden der gleiche Vorwurf wie den Empfänger der Leistung, so ist eine Rückforderung ausgeschlossen. (§ 817 B. G.-B.)

Ist nun zwar der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, die Vornahme eines Eingriffs in seine Körperintegrität zu dulden, als contra bonos mores, nichtig, oder verstößt die Einwilligung selbst gegen die guten Sitten, nimmt aber der Einwilligungsempfänger gleichwohl die Handlung vor, so macht er sich dadurch zivilrechtlich (und strafrechtlich) haftbar. Mildern oder ausschließen könnte er indes seine Haftung durch Geltendmachung des § 254 B. G.-B.: denn in allen diesen Fällen hat zur Entstehung des Schadens der Beschädigte selbst, z. B. durch Stillehalten bei der Operation, „mitgewirkt".

Widerruft der Körperherr die einmal gegebene Einwilligung, so ist der andere Teil nicht mehr zur Handlung berechtigt. Es ist dies eine Ausnahme von der Regel! Gestattet nämlich eine Person einer anderen in rechtsverbindlicher Weise die Vornahme einer Handlung, räumt sie ihr also ein Recht ein, so ist die Ausübung des Rechtes unabhängig von einem späteren Widerruf dieser Gestattung; der Eigentümer, der dem Dritten den Nießbrauch an seinem Grundstück eingeräumt, der Patentinhaber, der dem Gegner

die Ausnützung des Patentes eingeräumt hat, sie beide können nicht verhindern, daß der aus dem Vertrage Berechtigte sein Recht ausübt, und ebensowenig ist auf der anderen Seite die Geltendmachung des Rechtes, mag sie auch unter dem Widerspruch des früher Einwilligenden geschehen, widerrechtlich. Nur zwei Ausnahmen gibt es hiervon, das ist einmal der hier nicht weiter in Betracht kommende Fall, daß es sich um Störung oder Entziehung des Besitzes handelt, und sodann die Anwendung von Gewalt gegen die Person. Hier muß also ausnahmsweise die Gestattung im Augenblicke, wo der Berechtigte die Handlung vornimmt, noch vorliegen. [1])

Während in allen diesen Fällen die Trennung des Bestandteils vom Körper auf Grund vertragsmässiger Abmachungen geschah, ereignet es sich im täglichen Leben sehr häufig, dass die Trennung zwar auch mit dem Willen des Körperherrn, aber ohne jede rechtliche Vereinbarung bezüglich des abgetrennten Teiles vor sich geht; z. B. ich gehe zum Friseur und lasse mir die Haare schneiden, oder ich lasse mir beim Zahnarzt einen Zahn ziehen, regelmässig werde ich mich doch wohl nicht weiter um das abgeschnittene Haar bezw. den gezogenen Zahn kümmern, beides fällt den „Operateuren" anheim. Von dem Standpunkte aus, der ein privilegiertes Aneignungsrecht des Köperherrn annimmt, würde man hierin einen stillschweigenden Verzicht auf das Aneignungsrecht

[1]) vgl. Zitelmann, a. a. O., S. 46 f.

erblicken, während nach der hier vertretenen Ansicht, wonach der bisherige Träger ohne Wissen und Wollen Eigentümer ipso jure im Augenblicke der Trennung wird, eine stillschweigende Dereliktion vorliegt.

Hinzuweisen wäre noch darauf, daß unter Umständen auch das Chikaneverbot der Ausübung des Aneignungsrechtes bezw. des Eigentums Schranken setzen wird. —

In allen diesen Fällen handelt derjenige, der die Handlung vornimmt, stets auf Grund eines subjektiven Rechtes. Denkbar wäre indes auch eine Handlung, nicht auf Grund eines Vertrages oder einer stillschweigenden Einwilligung ausgeführt. An sich ist ein solcher Eingriff in die Körperintegrität stets widerrechtlich und macht den Handelnden zivilrechtlich (und strafrechtlich) haftbar, wenn nicht besondere Gründe die Widerrechtlichkeit ausschließen. Ein solcher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn der Dritte die vermutliche Einwilligung des Körperherrn annimmt, m. a. W., wenn er als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt; z. B. der Arzt hat den Kranken narkotisiert, um an ihm den Luftröhrenschnitt zu vollziehen, er findet zugleich, daß es notwendig ist, die Mandeln herauszunehmen; oder noch einfacher, ein Arzt findet einen Verunglückten im bewußtlosem Zustande vor; soll er in diesen Fällen mit der weiteren Operation bezw. mit dem operativen Eingriff überhaupt warten, bis der Kranke zu Bewußtsein kommt und einwilligt? — Das wäre ein recht schlechtes Resultat! Nein, er kann ruhig zur Operation schreiten, in dem

Bewußtsein, im wohlverstandenen Interesse und gemäß dem vermutlichen Willen des Kranken zu handeln. Und dieses Bewußtsein ist es auch, das die Rechtswidrigkeit in diesen Fällen und somit eine Haftung des Handelnden ausschließt.[1])

4. Abschnitt:
Trennung gegen den Willen des Berechtigten.

A. Zivilrechtliche Folgen.

Nachdem wir im vorigen Abschnitt die Lage der Rechtsverhältnisse festgestellt haben für den Fall, daß die Trennung des Bestandteiles vom Körper mit Einwilligung des Körperherrn vor sich geht, bleibt uns jetzt noch der entgegengesetzte Fall, daß die Trennung wider den Willen des berechtigten Subjektes geschieht.

Wie schon oben erörtert, stand nach dem römischen Rechte dem Verletzten neben der actio injuriarum aestimatoria insbesondere die actio legis Aquiliae utilis zu. Auch im gemeinen Rechte wurde dies kaum anders, da die Anerkennung der Persönlichkeitsrechte und mithin die Möglichkeit eines aus ihrer Verletzung entspringenden Schadenersatzanspruches sich erst langsam Bahn brach. Das gemeine Recht fühlte aber schon deutlich das Vorhandensein einer Lücke in der Rechtsordnung an dieser Stelle; so war man z. B. gezwungen, eine Reihe von Verletzungen der Persönlichkeitsrechte zurückzuführen auf die beliebte Formel der Beeinträchtigung des Erwerbs und des Fortkommens[1])

[1]) Ausführlicheres hierüber bei Zitelmann, a. a. O. S. 102 ff.

[1]) Man vgl. z. B. die gezwungene Konstruktion in R. G. Z. 13, 372.

Man wußte eben noch nichts besseres an dessen Stelle zu setzen! Dies ist mit der Einführung unseres bürgerlichen Gesetzbuches anders geworden; wir brauchen uns jetzt nicht mehr mit dem letztgenannten Hülfsmittel, noch weniger mit der Analogie des Eigentumsschutzes, notdürftig zu behelfen; in § 823 Abs. 1 B. G.-B. haben wir eine Handhabe, die eine vollständige Anerkennung des Schadenersatzanspruches im Falle der Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes enthält. Es kann nicht unsere Aufgabe sein, näher auf diesen überaus bestrittenen Gesetzesparagraphen einzugehen[1]). An anderer Stelle ist bereits gesagt worden, daß die dort genannten Lebensgüter, wie Leben und Körper, nicht Rechte darstellen, sondern nur Rechtsobjekte, d. h. Gegenstände subjektiver Rechte; in anderem Zusammenhang ist ferner auch schon darauf hingewiesen worden, daß nur die vom Recht anerkannten Persönlichkeitsrechte als selbstständige subjektive Rechte in Betracht kommen [2]); daß aber das Recht am eigenen Körper hierzu gehört, ist bereits dargetan worden. Es mag deshalb genügen, den § 823 nur in seiner

[1]) Über die Entstehungsgeschichte, Literatur u. s. w. vgl. die beiden Antipoden Oertmann, R. d. Schuldverh., § 823 und Staudinger, Komm. z. B. G.-B. I, Einl. S. 26 f.; ferner insbes. R. G. Z 51, 369. Kohler (Persönlichkeitsverletzungen, Österr. Zentralblatt f. d. jurist. Praxis, 21. Jahrg., 1906, 8. Heft,) hat übrigens nicht ganz unrecht, wenn er den Streitenden vorwirft: „Ob man die Worte des Gesetzes § 823 („oder eines sonstigen R.") in einem oder andern Sinn auslegt, kommt wenig in Betracht! Wir Rechtsforscher sind doch etwas höheres als blosse Ausleger des Gesetzes!"

[2]) ebenso Oertmann, R. d. Schuldverh., § 823, 3 b.

Beziehung auf die Persönlichkeitsrechte einer kurzen Erörterung zu unterwerfen. Es können nach dem Wortlaut des Paragraphen drei verschiedene Gruppen von Persönlichkeitsrechten in Betracht kommen, deren Verletzung einen Schadenersatzanspruch nach sich zieht [1]). Einmal sind das die durch den § 823 Abs. 1 ausdrücklich anerkannten Gegenstände subjektiver Persönlichkeitsrechte, wie Leben und Körper, sodann die an anderer Stelle des Gesetzbuches behandelten Individualrechte, wie z. B. das Namensrecht, und endlich die noch außerhalb des bürgerlichen Gesetzbuches anerkannten und geregelten Rechte, wie z. B. die Urheber und Erfinderrechte. Die beiden letztgenannten Gruppen fallen unter den Begriff des „sonstigen Rechtes".

Wird also in unserem Falle ein Glied des Körpers, z. B. der Zopf eines Mädchens, wider Willen des Trägers vom Körper getrennt, so steht dem Verletzten eine Schadensersatzklage auf Grund des § 823 Abs, 1 zu; ob strafrechtlich zugleich eine Körperverletzung vorliegt, wird uns noch unten beschäftigen. Will man eine Körperverletzung annehmen, so könnte außerdem nach § 847 wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden. Außerdem würde im Falle des Vorliegens einer Körperverletzuug im strafrechtlichen Sinne ein Schutzgesetz verletzt sein und sich hieraus ebenfalls ein Schadenersatzanspruch ableiten lassen.

[1]) ebenso Landsberg, Lehrb. I, § 158 I. S. 555.

Damit haben wir aber nur die Frage der Verletzung selbst beantwortet; wie aber liegen die Verhältnisse, wenn der in die Persönlichkeitssphäre widerrechtlich Eingreifende das Trennstück sich außerdem aneignet, insbesondere wie steht es mit dem Eigentum? — Nimmt man ein ausschließliches Aneignungsrecht des Körperherrn an, so wird der Täter nach § 958 Abs. 2 kein Eigentum erwerben, eben weil er jenes Aneignungsrecht verletzt. Tritt man dagegen für einen ipso jure-Erwerb des Eigentums durch den Körperherrn ein, so wird der Täter eben aus dem Grunde nicht Eigentümer, weil der Verletzte im Augenblicke der Trennung Eigentümer geworden ist. Auch der gutgläubige dritte Erwerber wird nicht geschützt, da hier die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen ist, — ob strafrechtlich Diebstahl vorliegt, wird sich noch zeigen (§ 935 Abs. 1 B. G.-B.). Der nicht besitzende Eigentümer, das ist der Körperherr, könnte also von dem besitzenden Nichteigentümer den abgetrennten und widerrechtlich angeeigneten Bestandteil vindizieren. Dies gilt aber nicht, falls man den Bestandteil mit der Trennung herrenlos werden läßt; hier wird der gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerber Eigentümer; denn abgesehen davon, daß § 935 nur vom Eigentümer, nicht vom Berechtigten schlechthin spricht, also den Aneignungsberechtigten nicht mitumfaßt, kann von Abhandenkommen in diesem Falle keine Rede sein.

Nur einen Fall kennen wir, wo der Täter unter Umständen gleichwohl Eigentum erwerben würde; es

ist dies der Eigentumserwerb durch Verarbeitung, durch Spezifikation (§ 950 B. G.-B.); man denke z. B. an den Fall, daß der Anatomiediener das amputierte Bein bereits skelettiert hat. — Eine feste Grenze läßt sich natürlich nicht ziehen; die Entscheidung im einzelnen ist Tatfrage! —

B. Strafrechtliche Folgen.

Wenn wir erst zum Schlusse zu einer kurzen Erörterung der einschlägigen strafrechtlichen Gesichtspunkte kommen, so geschieht das deshalb, weil sie eine befriedigende Lösung erst dann ermöglichen, wenn die zivilrechtlichen Vorfragen beantwortet sind. Das Zivilrecht ist hier in den allermeisten Punkten ohne weiteres präjudiziell für den Strafrichter; ist z. B. die zivilrechtliche Eigentumsfrage bezüglich der getrennten Bestandteile gelöst, so beantwortet sich fast von selbst die strafrechtliche Diebstahlsfrage bei einer Trennung wider den Willen des Berechtigten.

Also nur um die widerrechtliche Trennung handelt es sich im vorliegenden Abschnitte, auf eine strafrechtliche Untersuchung des Falles, wo der Verletzte in den Eingriff in seine Körperintegrität einwilligt, kann im Rahmen des gestellten Themas nicht näher eingegangen werden; die Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der Einwilligung in die Verletzung ist eine so überaus umstrittene und birgt eine Reihe so ins einzelne gehender und unserm Thema fernliegender Fragen in sich, daß eine Erörterung an diese Stelle notwendig unterbleiben muß. Nur der

Vollständigkeit halber, — wir haben ja auch die privatrechtliche Bedeutung der Trennung mit Willen des Berechtigten erörtert, — sei es uns gestattet, in gedrängtester Kürze den heutigen Stand der Frage zu skizzieren. Im großen und ganzen sind in der Literatur vier verschiedene Richtungen vertreten.[1])

Nach der einen Ansicht läßt sich die Frage nicht ein für allemal nach bestimmten Regeln erledigen. Im Einzelfall, vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus, nach Zeit und Ort verschieden, ist das Urteil zu fällen.[2])

Die zweite und vielleicht heute noch die herrschende Ansicht geht aus von der Unterscheidung der in Frage kommenden Rechtsgüter in veräußerliche und deshalb verzichtbare und unveräußerliche und deshalb unverzichtbare Rechtsgüter. Abgesehen davon, daß diese Unterscheidung keine unmittelbare Lösung bringt, sondern nur eine Verschiebung der Frage dahingehend, welche Güter denn veräußerlich bzw. unveräußerlich seien, ist die Ansicht auch nicht richtig in dieser Fassung; so macht z. B. die Einwilligung zu einer Beleidigung die Handlung zu einer straflosen, gleichwohl ist die Ehre ein unveräußerliches und unverzichtbares Rechtsgut.[3])

Eine dritte Ansicht[4]) geht von der Frage aus, warum Handlungen gegen die eigene Person erlaubt

[1]) Die folgende Zusammenstellung ist dem Kollegienheft (1901) von Birkmeyer, § 27, entnommen.

[2]) So insbes. Liszt, Strafr., § 35 IV, S. 156 f.

[3]) vgl. Gierke, D. Pr.-R. I, S. 711.

[4]) so insbes. Hälschner.

und straflos seien, und findet den Grund darin, daß niemand zu sich selbst in einem Rechtsverhältnis stehen kann, sondern nur in einem moralischen Verhältnis. —Abgesehn von der Unrichtigkeit des Grundes,— wir haben eingangs ausführlich über den Menschen als Rechtsobjekt gehandelt, — erbringt diese Argumentation doch nicht den Beweis, daß Handlungen gegen einen Einwilligenden straflos zu bleiben haben, denn das Recht kann auch bloße Immoralitäten strafen.

Es dürfte somit wohl der folgende Standpunkt als der richtige anzusehen sein [1]). Wenn die Rechtsordnung den Eingriff in ein Lebensgut, falls er mit Einwilligung des Verletzten geschieht, für straflos erklärt, so tut sie es deshalb, weil sie an der Verfolgung unter diesen Umständen kein Interesse mehr hat. Es ist dem Einzelnen selbst die Entscheidung über die Schutzbedürftigkeit des betreffenden Rechtsgutes anheimgegeben; giebt er durch die Einwilligung kund, daß er auf diesen Schutz verzichtet, so hat die Rechtsordnung auch keinen Grund, ihm gleichwohl ihren Schutz aufzuzwingen. Auszunehmen sind natürlich solche Fälle, wo zugleich fremde Rechtsgüter verletzt werden.

Nach dieser kurzen Abschweifung kehren wir zu der eingangs aufgestellten Frage zurück, wie die Trennung eines Bestandteiles vom Körper des lebenden Menschen strafrechtlich zu beurteilen sei, falls die Handlung gegen den Willen des Berechtigten

[1]) vgl. Birkmeyer, a. a. O.; Binding, Handb., S. 718 ff.

vorgenommen wird. Auch hier kann keine erschöpfende Erörterung der gesamten einschlägigen Literatur mit ihren mannigfachen Kontroversen gegeben werden; wir müssen uns begnügen, unter dem Gesichtspunkte des aufgestellten Themas die darnach hauptsächlich in Frage kommenden Punkte kurz zu beleuchten.

Wie in der Einleitung bereits erwähnt wurde, ist das typische Schulbeispiel für unsere Frage der Fall des sogenannten „Zopfabschneidens“; halten wir also im folgenden dies Beispiel bei! Die in Frage stehende Handlung kann einen doppelten Charakter tragen: entweder bleibt es bei dem bloßen Abschneiden des Haares, oder es kommt noch außerdem die Aneignung der abgetrennten Teile hinzu. Dementsprechend wird die Behandlung des Stoffes sich auch zu gliedern haben.

Nehmen wir also zunächst an, der Täter habe nur den Zopf vom Körper getrennt ohne Aneignungsabsicht, so kommt für die juristische Qualifikation zunächst der Begriff der Körperverletzung in Betracht. Der Mensch ist keine Sache und hat an seinen Gliedern kein Eigentum, also ist Sachbeschädigung von vornherein ausgeschlossen. Von einer eventuell mit unserm Delikt noch ideal konkurrierenden Beleidigung oder Nötigung wollen wir absehen! Was nun die Körperverletzung anbelangt, so kennt unser Strafgesetzbuch als Unterarten derselben die körperliche Mißhandlung und die Beschädigung der Gesundheit. Fassen wir mit Liszt [1]) die Mißhandlung als äußerliche

[1]) Lehrb. d. Strafr., § 87 II 1, S. 315 f.

Einwirkung, die Gesundheitsbeschädigung hingegen als Störung innerer Funktionen auf, so ergibt daraus, daß die Tat sich nur dann unter den letztgenannten Begriff subsumieren läßt, wenn sie eine wirkliche Erkrankung, z. B. eine Kopferkältung, nach sich zieht. Im wesentlichen kommt also nur der Begriff der körperlichen Mißhandlung für uns in Betracht. Will man mit Binding [1]) als Gegenstand der Körperverletzung nur die Gesundheit, nicht aber den Körper, insbesondere nicht seine Oberfläche, auffassen, so wird das Abschneiden eines „Rennomiernagels, einer gepflegten Bartspitze oder eines Zopfes niemals als Körperverletzung geahndet werden."

Einen nicht so schroffen Standpunkt nimmt neben dem Reichsgericht insbesondere Olshausen ein. Das Reichsgericht [2]) nimmt dann keine Körperverletzung an, wenn weder Schmerzgefühl noch körperliches Unbehagen hervorgerufen wird. Darnach kommt es also auf die näheren Umstände an, ob die Abtrennung des Gliedes vom Körper als Körperverletzung zu gelten hat. Olshausen [3]) führt dann in kasuistischer Weise aus, daß das Ausreißen wohl stets als Mißhandlung anzusehen sei, das Abschneiden mit einem Messer

[1]) Lehrb. I, 42.

[2]) R. G. Str. 29, 58 (Abschneiden eines Bartes).

[3]) Komm. z. Str.-G.-B. § 223, No. 6 b.

[4]) Der Gebrauch des Messers bzw. der Schere würde übrigens die Körperverl. nicht zu einer gefährlichen i. S. des § 223 a stempeln, denn durch den Gebrauch dieses Werkzeuges wird die Gefährlichkeit der Handlung nicht erhöht, im Gegenteil eher vermindert; ebenso Frank, Str.-G.-B., § 223 a, II 1; Olshausen, Komm. z. Str.-G.-B., § 223 a, No. 5.

wohl zumeist, während das Abschneiden mit einer Schere nur unter Umständen als Körperverletzung sich darstelle, nämlich dann, wenn eine der beiden Modalitäten des Begriffs der Körperverletzung erfüllt sei, wenn entweder ein Unbehagen oder eine Entstellung hervorgerufen werde. Demnach würde also z. B. nicht das Abschneiden weniger Haare, wohl aber das eine entstellende Beeinträchtigung mit sich bringende Abschneiden einer größeren Menge als Körperverletzung zu strafen sein. Ob man dieses Resultat als ein befriedigendes bezeichnen darf, ist sehr fraglich.

Wir möchten uns deshalb denjenigen Schriftstellern anschließen, [1]) die unter Körperverletzung jegliche Störung der körperlichen Unversehrtheit eines anderen erblicken. Eine besondere Schmerzempfindung wird dabei nicht für nötig erachtet. Darnach dürfte das Abschneiden von Haaren, das Ausbrechen von Zähnen u. s. w. stets als Körperverletzung zu strafen sein, stellt es sich doch dar als eine sehr starke Störung der körperlichen Unversehrtheit, als eine Verringerung der körperlichen Substanz. Die für das Gefühl gleich gegebene Entscheidung, die widerrechtliche Abtrennung eines Gliedes vom Körper als Verletzung des Körpers aufzufassen und nicht straflos hingehn zu lassen, dürfte also wohl die richtige sein.

Nachdem wir somit die bloße Tatsache des „Abschneidens“ als Körperverletzung im strafrechtlichen

[1]) insbes. Liszt, Lehrb. d. Strafr., § 37, S. 315 f; Frank, Str.-G.-B. § 223 I; Meyer-Allfeld, Lehrb. d. Strafr., § 69, S. 379; Zitelmann, a. a. O. S. 81.

Sinne identifiziert haben, fragt es sich, wie die Handlung des Täters zu beurteilen sei, wenn außerdem noch die Absicht hinzukommt, den abgetrennten Teil sich zuzueignen. Naturgemäß wird man zuerst an das Vorliegen eines Diebstahls denken. Zum Diebstahl ist nach unserem Strafgesetzbuche die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht vorausgesetzt. Wir müssen also untersuchen, ob die einzelnen Tatbestandsmomente in unserm Falle gegeben sind.

Also nur eine „Sache" kommt als taugliches Objekt des Diebstahls in Betracht. Da aber, wie wir sahen, der Mensch keine Sache ist, so können auch keine Sachdelikte gegen seinen Körper und die mit ihm organisch verbundenen Teile begangen werden. Ein Diebstahl ist also erst an den getrennten und damit zu „Sachen" gewordenen Teilen möglich.

Wenn das Gesetz ferner eine „bewegliche" Sache voraussetzt, so gilt hier ähnliches. Auch hier kann man vor der Abtrennung nicht von einer selbstständigen beweglichen Sache reden, erst mit der Trennung wird der Teil verselbstständigt und mobilisiert. Nach der herrschenden Lehre ist indes eine derartige, erst durch den Täter vorgenommene „Mobilisierung" für den Diebstahlsbegriff unerheblich [1]).

Als weiteres Erfordernis kommt hinzu, daß die bewegliche Sache eine „fremde" ist, d. h. daß sie im Eigentum eines Dritten steht. Der Begriff des Eigen-

[1]) vgl. z. B. Liszt, Lehrb, § 127 II 3, S. 428; Olshausen, § 242 No. 23.

tums richtet sich dabei nach bürgerlichem Recht, ein besonderes kriminalistisches Eigentum gibt es nicht. Ob aber überhaupt das abgetrennte Stück in jemandes Eigentum steht, besagt ebenfalls das Zivilrecht. Diese Vorfrage ist von uns denn auch bereits im 2. Abschnitt des näheren untersucht worden; wir haben an jener Stelle festgestellt, daß sich zwei Hauptansichten entgegenstehen, die eine, wonach das abgetrennte Stück herrenlos wird, die andere hier vertretene, wonach der Körperherr im Augenblicke der Trennung ipso jure das Eigentum am Trennstück erwirbt. Nach dem von uns eingenommenen Standpunkt ist darnach der abgeschnittene Zopf zweifellos als „fremde" Sache zu betrachten; anders dagegen nach der gegnerischen Ansicht: da hier der abgetrennte Teil res nullius wird, kann auch kein Diebstahl an ihm begangen werden, selbst die Verletzung des ausschließlichen Aneignungsrechtes auf seiten des bisherigen Trägers muß ungestraft bleiben. Wir ersehen daraus, daß dieser Standpunkt gerade für das Strafrecht ein ganz unbefriedigendes Resultat ergibt, insofern er derartige schwere Eingriffe in die körperliche Integrität ungestraft hingehen läßt.

Um indes den Tatbestand des Diebstahls zu erfüllen, fehlt noch ein weiteres Begriffsmerkmal, der Täter muß die fremde bewegliche Sache einem andern „wegnehmen". Unter diesem „Wegnehmen" versteht man die Entfernung der Sache aus fremdem Gewahrsam. Der Begriff des Gewahrsams deckt sich dabei bekanntlich keineswegs mit dem zivilrechtlichen Be-

griff des Besitzes, er bedeutet die ausschließliche tatsächliche Herrschaft verbunden mit dem entsprechenden Herrschaftswillen [1]). Die Schwierigkeit, die in unserm Falle sich herausstellt, ist die Frage, ob auch der menschliche Körper und seine Teile als Objekte des Gewahrsams in Betracht kommen können. Nach dem Eingangs erwähnten Distichon Schillers scheint ja die „erste Possession" für den „Besitzer" der Nase zu sprechen. Unseres Erachtens sind indes die Begriffe Besitz und Gewahrsam durchaus sachenrechtlicher Natur und haben dementsprechend ihren Platz im Sachenrecht, nicht im Personenrecht. Man mag, als Analogon zum Gewahrsam am abgetrennten Teil, vor der Trennung von einem „Gewaltverhältnis" reden, ebenso wie wir als die dem Eigentum entsprechende Herrschaftsbefugnis vor der Trennung das Recht der Persönlichkeit feststellten; eine Übertragung jener Begriffe auf die Rechtslage vor der Trennung möchten wir dagegen ablehnen; der bestehende „Artunterschied" hinsichtlich des Herrschaftsobjektes ist zu groß, als daß er diese Gleichstellung zuließe. Auf unsern Fall angewandt, würde das bedeuten: nur dann kann man von einem „Wegnehmen" im Sinne des § 242 St. G.-B. reden, wenn der Verletzte während des Abschneidens sich den Gewahrsam verschafft, etwa indem er zugreift und den abgetrennten Teil festhält.[2])

[1]) so die herrschende Meinung, vgl. z. B. Liszt, § 127 III, S. 427; Olshausen, § 242 No. 16; Frank. § 242 IV; Meyer-Allfeld, § 88, S. 446.

[2]) ebenso Mittelstein a. a. O.; a. M. Olshausen, § 242 No. 23, Meyer-Allfeld, § 89. S. 455, Anm. 13, nimmt zwar ebensowenig einen Ge-

In diesem Falle würden allerdings die Tatbestandsmerkmale des § 242, Zueignungsabsicht natürlich hinzugerechnet, — erfüllt sein und der Täter wegen Diebstahls zu bestrafen sein.

Nehmen wir dagegen an, dem Verletzten sei es nicht gelungen durch eine entsprechende Handlung sich rechtzeitig den Gewahrsam zu verschaffen, so kann auch von Diebstahl keine Rede sein. Es kommt dann nur Unterschlagung in Betracht. Der Tatbestand dieses Vergehens unterscheidet sich vom vorigen dadurch, daß der Täter die rechtswidrig zugeeignete fremde bewegliche Sache bereits im Besitz oder Gewahrsam hatte. Einwenden könnte man vielleicht, das letzte Erfordernis sei in unserm Falle nicht erfüllt, denn der Täter habe noch keinen Besitz oder Gewahrsam.[1]) Dies ist indes unwesentlich, da das Gesetz der Frage keinerlei Bedeutung beimißt, ob und wie der Täter sich erst den Gewahrsam verschafft habe. Besser

---

wahrsam v o r der Trennung an, hält aber die unmittelbare örtliche Beziehung des Verletzten zu dem Haarzopfe gleich nach der Trennung für ausreichend, um ihm den Gewahrsam zuzuerkennen. Wir glauben demgegenüber den Gewahrsamsbegriff nicht so weit fassen zu dürfen; wenn der Täter den Zopf in die Hand nimmt und ihn auch nach dem Abschneiden in der Hand behält, so kann doch wohl von Gewahrsam eines Dritten, des Körperherrn, keine Rede sein. Zugegeben muss allerdings werden, dass ein solches Resultat dem bez. der Eigentumsfrage gefundenen analog wäre, doch kann uns das nicht weiter anfechten; die Voraussetzungen für die petitorische und possessorische Seite sind eben gänzlich verschieden.

[1]) Die Duplizität des Ausdrucks an dieser Stelle ist tautologisch; vgl. Olshausen, § 246 No. 8 b; Frank, § 246 II. 4.

würde man also den Wortlaut des § 246 negativ dahin wieder geben, daß die Sache nur nicht in fremdem Gewahrsam stehen dürfe.[1]) — Ist somit das letzte Begriffsmerkmal auch gegeben, so kann die rechtliche Qualifizierung der Tat als eine Unterschlagung im Sinne des § 246 St. G.-B. nicht weiter zweifelhaft sein.

Zuweilen wird indes behauptet, die Tat könne dann nicht als Unterschlagung gestraft werden, wenn die Erlangung des Gewahrsams an sich schon eine strafbare Handlung darstelle. Abgesehn davon, daß im gegebenen Falle bereits eine frühere Handlung, nämlich schon das bloße Abschneiden, — strafrechtlich als Körperverletzung in Betracht kommt, kann denn doch wohl keine Rede davon sein, daß die zweite Handlung, die Zueignung, eine bloße Konsequenz der ersten Handlung und deshalb strafrechtlich nicht noch besonders zu ahnden sei. Wie wir sahen, kann die erste Handlung, das Abschneiden, recht wohl ohne eine Zueignungsabsicht geschehen. Daraus geht klar hervor, daß wir es mit zwei verschiedenen selbstständigen strafbaren Handlungen zu tun haben, die nach § 74 St. G.-B. miteinander konkurrieren.

In gleicher Weise liegt unseres Erachtens eine Realkonkurrenz vor im Verhältnis des Diebstahls zur Körperverletzung Die erste selbstständige strafbare Handlung ist das Abschneiden; sie ist in dem Augenblicke bereits vollendet, wo die zweite einsetzen

[1]) ebenso Binding, Lehrb. S. 276; Frank, St. G.-B. § 246. II, 4.

kann, das ist der Moment, wo der Körperherr den Gewahrsam am abgetrennten Stücke erlangt hat. Nimmt man dagegen, wie z. B. Olshausen, bereits vor der Trennung Gewahrsam an den Teilen des eigenen Körpers an, so stellt sich die strafbare Handlung als ein und dieselbe dar, die Abtrennungs- und die Wegnahmehandlung sind als einheitlich nicht von einander zu trennen und zwischen beiden besteht das Verhältnis der Idealkonkurrenz des § 73 St. G.-B. [1])

[1]) Olshausen, § 242 No. 37.

Anhang:

Das Recht an künstlichen Bestandteilen und Ergänzungen des Körpers.

Denkbar wäre noch in unserm Fall, daß der abgeschnittene Zopf falsch war. — Es liegt auf der Hand, daß bei dieser Voraussetzung die rechtliche Beurteilung sich keineswegs mit der vorigen deckt.

Um statt des speziell angeführten Beispiels des Zopfabschneidens überhaupt die künstlichen Bestandteile und Ergänzungen des menschlichen Körpers ins Auge zu fassen, fragt es sich in erster Linie, ob das oben näher dargestellte Recht am eigenen Körper sich auch auf diese bezieht. — Eine allgemein gültige Antwort läßt sich hierauf nicht ohne weiteres geben, es kommt vielmehr in Betracht, in welchem Grade der betreffende Bestandteil mit dem Körper verbunden ist. Ebenso zweifellos wie man die künstliche Nase als organischen Bestandteil des menschlichen Körpers und somit als Nichtsache ansieht, ebenso zweifellos wird man künstliche Zöpfe, Zähne, den Stelzfuß des Invaliden als bloße Sachen und mithin als eigentumsfähig betrachten, während die Beurteilung der Plomben beispielsweise schon nicht mehr ohne weiteres gegeben ist. [1]) Da für den Fall, daß die

[1]) Für die Sachqualität z. B. Gareis, Festgabe, S. 5; dagegen Fischer-Henle, B. G.-B. § 90 Nr. 2.

künstliche Ergänzung als Teil des Körpers anzusehen ist, dasselbe gilt, was für die natürlichen Bestandteile des Körpers Rechtens ist, so können wir uns hier auf die künstlichen Zutaten beschränken, deren Sachqualität außer Zweifel steht. Als Sachen sind sie eigentumsfähig und zwar stehen sie im Eigentum des Körperherrn, nach der Trennung oder Absonderung vom Körper tritt demgemäß bezüglich der rechtlichen Qualifikation des Herrschaftsverhältnisses keinerlei Änderung ein; das Eigentum besteht fort. Aus denselben Gründen sind auch dingliche und obligatorische Rechtsgeschäfte an diesen Gegenständen möglich.

Wenn demgegenüber Dernburg [1]) die künstlichen Gliedmaßen gleich den natürlichen als eigentumsunfähig ansieht und daraus ihre Unpfändbarkeit erklärt (§ 811 Ziff. 12 Z. P. O.), wenn er ferner einen Verkauf des künstlichen Beines erst nach der „Absonderung" vom Körper zuläßt, so kann das nicht als richtig angesehen werden. Was insbesondere die Unpfändbarkeit der in Frage kommenden Gegenstände betrifft, so spricht der angeführte Paragraph der Prozeßordnung eher für das Gegenteil der Dernburg'schen Ansicht, indem er diese Dinge unter den unpfändbaren „Sachen" aufzählt. [2])

Eine Trennung wider den Willen des Berechtigten würde diesem, da sein Eigentum verletzt ist, eine Schadenersatzklage nach § 823 Abs. 1 gewähren.

[1]) Pand. I, § 69, Anm. 3, S. 159.

[2]) So schon für die Z. P. O. a. F. (§ 715 Ziff. 1.) per arg. a minori ad majus Windscheid, Pand. I. § 147 Anm. 6, S. 638; Regelsberger, Pand. I, 110[2]; Schultheis, a. a. O. S. 30.

Die strafrechtliche Beurteilung endlich einer widerrechtlichen Trennung eines derartigen Bestandteiles schließt von vornherein den Begriff der Körperverletzung aus. Abgesehn wird hierbei natürlich von solchen Fällen, wo zugleich durch das Abtrennen ein körperlicher Schmerz erregt wird. Das hier in Frage kommende Delikt ist vielmehr die Sachbeschädigung. Kommt außerdem noch eine Zueignung des abgetrennten Teiles hinzu, so liegt zweifellos Diebstahl vor, nicht aber Unterschlagung, da die oben angeführten Bedenken bezüglich der Gewahrsamsfrage hier nicht Platz greifen. An den künstlichen Ergänzungen als an Sachen hat der Mensch auch schon vor der Trennung den Gewahrsam.